

دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بقانون المرافعات

شاملة آراء الفقه وأحكام القضاء

- تعريف الدفوع وأساسها القانوني في قانوني المرافعات والإجراءات الجنائية
- النظام القانوني للدفع : طبيعته الإجرائية
  - شروطه - مراحل إبدائه - إثباته - نطاقه
  - ضوابط تسبيب الحكم الصادر في الدفع
- تقسيمات الدفوع : شكلية - موضوعية
- طبيعة الحكم الصادر في الدفع والآثار المترتبة على ذلك

المستشار الدكتور

مدحت محمد سعد الدين

نائب رئيس محكمة النقض



نظرية الدفوع فى قانون الإجراءات الجنائية

دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بقانون المرافعات

شاملة آراء الفقه وأحكام النقض

* تعريف الدفوع وأساسها القانونى فى قانونى المرافعات والإجراءات الجنائية .
* النظام القانونى للدفع : طبيعته الإجرائية – شروطه – مراحل إبدائه – إثباته تقادمه – ضوابط تسبيب الحكم الصادر فى الدفع .
* تقسيمات الدفوع : شكلية – موضوعية .
* طبيعة الحكم الصادر فى الدفع والآثار المترتبة على ذلك .



المستشار الدكتور

مدحت محمد سعد الدين

نائب رئيس محكمة النقض

٢٠٠٣

الطبعة الثانية

٢٠٠٣م-١٤٢٤هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ﴾ .

صدق الله العظيم

مقدمة الطبعة الثانية

ترجع أهمية هذا الكتاب إلى أنه تضمن بالدراسة موضوع من أهم الموضوعات القانونية التى لم تحظ بالعناية الواجبة له فى مؤلفات فقه الاجراءات الجنائية، فضلا عن ضرورته العملية لكل مشتغل بالقانون، فلم تخل دعوى منظورة أمام المحاكم أو أثناء سير التحقيق فيها أمام سلطات التحقيق من دفع يثار بها يقصد به مبديه تأكيد ما يدعيه أو نفى ادعاء خصمه.

لذلك كان حريا بنا أن نسعى إلى البحث الدؤوف فى كافة جوانب هذا الموضوع، وسبر أغواره فى محاولة لكشف ما غمض منه وإرساء قواعد أساسية فيه يمكن إذا ما جرى التعويل عليها أن تصبح نظرية من نظريات القانون فى الاجراءات الجنائية.

ولقد صدرت الطبعة الأولى من هذا الكتاب وكانت نواة لرسالة الدكتوراة التى قدمت من المؤلف لكلية الحقوق، ونال عنها تقدير جيد جدا مع مرتبة الشرف. وإذا كانت الدراسات القانونية فى جوهرها لا تقوم على مجرد افتراضات، بل تقوم على الحقائق المرتبطة بالواقع العملى وكان هذا الموضوع على جانب كبير من الأهمية بالنسبة لكل مشتغل بالقانون كما سلف القول فلقد حرصت أن يقترن الجانب النظرى فيه والمتمثل فى اراء الفقهين المصرى والفرنسى، بالتطبيق العملى النافع والمفيد والمتمثل فى أحكام محكمة النقض المصرية منذ انشائها فى عام ١٩٣١ وحتى صدور هذا المؤلف فيما يقارب السبعين عاما مقارنة بما صدر من أحكام محكمة النقض الفرنسية فى هذا النطاق. وفى هذا المقام لايسعنى إلا أن اتجه بشكرى الجزيل إلى السيد رئيس وأعضاء مجلس ادارة نادى القضاة الذين سارعوا إلى الموافقة على طبع ونشر هذا الكتاب على السادة الأخوة والزملاء الأفاضل قضاة مصر العزيزة، تعميما للفائدة المرجوة منه، كما أتجه بكل التقدير إلى كل من ساهم فى أن يخرج هذا العمل إلى النور، وأرجو من الله أن يؤتى هذا الكتاب ثماره ليصبح كما قال الرسول عليه الصلاة والسلام علم ينتفع به.

والله من وراء القصد.

المؤلف

تصديـــر

السيد المستشار رئيس نادي القضاة

تحية طيبة وبعد

فلقد بعث إلينا النادي برسالة الدكتوراه الخاصة بالسيد المستشار الدكتور مدحت محمد سعد الدين للنظر فيما إذا كانت تناسب الأعضاء الزملاء القضاة والمستشارين.

ولقد تبين من مطالعتها أنها مما يستفيد به كل مشتغل بالقانون وهي إلى جانب النظرية تتضمن التطبيق النافع المفيد لكل من يعمل بالقضاء، وهي مما لا شك فيه تمثل إثراء لمن يقتنيها ويرجع إليها

وتفضلوا فائق الاحترام

المستشار

محمد رفيق البسطويسي

القاهرة ١٤/١٠/٢٠٠٢

نص خطاب السيد الاستاذ المستشار/ محمد رفيق محمد رفيق البسطويسي نائب رئيس محكمة النقض الاسبق للسيد الاستاذ المستشار رئيس نادى القضاة للتوصية بنشر الكتب لتعميم الفائدة المرجوة منه على السادة الزملاء. قضاة مصر الأفاضل

مقـــــدمة

إذا كان الأصل في الإنسان البراءة ، فإن المساس بهذا الأصل لابد وأن يتحقق وفق أدلة كافية وسائغة ومشروعة ، بحيث تصلح لأن تؤدي إلى عكس هذا الأصل ؛ ولذلك فقد جاء قانون الإجراءات الجنائية بمجموعة من القواعد تستهدف كفالة إدانة المذنب وتبرئة البريء.

وهذه القواعد التي تستهدف حماية الحريات الفردية وصيانة الحقوق الشخصية تكون عديمة الجدوى إذا لم يكن بيد المتهم الوسيلة التي عن طريقها يستظل بحماية هذه القواعد ويستفيد من الضمانات التي تكفلها ويتحقق هذا عن طريق تقرير حقه في إبداء "الدفوع والطلبات" وإلزام المحكمة من تلقاء نفسها بالتعرض للدفوع المتصلة بالنظام العام. وبذلك يكون الحق في إبداء الدفوع والطلبات ضمانة مقررة للخصوم في الدعوى الجنائية ضمن ضمانات أخرى قد يشتركون فيها جميعاً أو ينفرد بها المتهم بمفرده تحقيقاً لمصلحة العدالة. وتعتبر الدفوع والطلبات على هذا النحو وسيلة فعالة لضمان تحقيق هذه العدالة فعن طريقها يتمكن الخصوم من العلم بطلبات ودفوع بعضهم البعض وتكون بيدهم الوسيلة للرد عليها ، ويكون للمتهم بصفة خاصة مكنة أمده بها القانون لكي يثبت براءته ويدلل على عدم نسبة الجريمة إليه أو عدم مشروعية ما أتخذ قبله من إجراءات. وهذه المكنة تكمن في حقه في "إبداء الدفوع وتقديم الطلبات".

موضوع البحث وأهميته:

يستهدف هذا البحث دراسة موضوع " نظرية الدفوع في قانون الإجراءات الجنائية " وهو موضوع من الموضوعات الهامة التي لم تحظ بالقدر الكافي من العناية الواجبة له في مؤلفات فقه الإجراءات الجنائية ، فلقد درج الفقه على معالجته في المؤلفات العامة لقانون الإجراءات الجنائية باعتباره بياناً في أسباب الحكم تلتزم المحكمة بأن تورده فيه وترد عليه الرد الكافي لحمل

أسباب الحكم طبقاً للمادة ٣١١ من قانون الإجراءات الجنائية. كما أن المؤلفات التي ظهرت لمعالجته لم تعطه حقه في الدراسة المتأنية والمتعمقة بشكل جامع وشامل:

ويكشف البحث المتعمق لموضوع الدفوع عن ارتباطه بصفة عامة بكثير من مبادئ الإجراءات الجنائية والمبادئ العامة للتقاضي بصفة خاصة والتي لم تظهر في النظام القانوني إلا مؤخراً باعتبارها أفكاراً حديثة مثل " حق الدفاع " و " تسبيب الأحكام " ، التي يسعى الفقه إلى ضبط حدودها وبيان أساسها وأبعادها.

ولذلك فإن دراسة هذا الموضوع بمعزل عن هذه الأفكار لا يسهم في كشف غموضه ولا يمكن إيضاحه إلا بربطه بها. فمعالجة الجوانب المختلفة لهذه الأفكار باعتبارها عماداً لفكرة " الحق في إبداء الدفوع " تساعد على تجلية الغموض الذي يحيط بهذا الموضوع وهو ما يمكن في النهاية من الاقتراب إلى حد بعيد من حقيقته ، ويساعد على الإحاطة الشاملة به.

وإذا كانت الدراسات المتعمقة التي تناولت هذا الموضوع بمنهج متكامل لازالت محدودة للغاية كما سبق القول، فإن القضاء قد أولى " الدفوع " الكثير من عنايته ، وقدم قضاء النقض في مصر وغيرها من دول العالم في هذا الصدد عوناً كبيراً بحيث يمكن القول أن الحلول العملية التي أخذ بها القضاء يمكن أن تسهم في تأصيل أفكاره وإقامة نظرية علمية تساعد على الفهم المتكامل لأبعاد هذا الموضوع.

وتكتسب دراسة هذا الموضوع أهميتها من كونها ذات طابع عملي إلى حد كبير ، فلقد توافرت وتواترت أحكام النقض التي تبطل بها الأحكام التي أصدرتها محاكم الموضوع لعدم ردها على الدفوع والطلبات المبداة من أي طرف من أطراف الخصومة الجنائية أو لردها رد غير كاف ، الأمر الذي يدل على عدم وضوح أهمية الحق في إبداء الدفوع والطلبات.

منهج البحث :

إذا كانت هذه الدراسة تستهدف محاولة وضع أسس لنظرية الدفوع في قانون الإجراءات الجنائية مستقاة من الأحكام العديدة التي أصدرتها محكمة النقض في مصر وفرنسا ونقضت بها الأحكام العديدة التي لم تستوف ضمن أسبابها إيراد الدفع أو الرد عليه ، فإن ذلك لا يعني اعتماد هذه الدراسة على التجريب فقط ببيان تطبيقات لأحكام من محكمة النقض التي تحاكم أحكام محكمة الموضوع بخصوص إيرادها للدفوع والطلبات المبداة أمامها وردها عليها ، ومدى صحة ما انتهت إليه في هذا الشأن. ولكن الدراسة هنا تتجه أولاً: إلى "التحليل" ببيان المقصود بالفكرة ذاتها وأصلها القانوني وأنها تعنى أن الدفع "دعوى" من قبل المدعى عليه فى الخصومة الجنائية بما يرتبه ذلك من نتائج وآثار وما يتضمنه ذلك من بيان صلة هذه النظرية بضمانات المتهم والأصول الدستورية والتشريعية لها وطبيعتها الإجرائية انطلاقاً من أصل أساسي من أصول الإجراءات الجنائية وهو مبدأ " قاضي الدعوى هو قاضي الدفع " ثم تتجه الدراسة بعد ذلك إلى تأصيل المبادئ العامة التي تحكم الدفوع والطلبات ، وثانياً: نعرج بهذه الدراسة إلى بيان تفصيلي لتقسيمات هذه الدفوع "وتحليل" كل منها في ضوء ما سلف ذكره من مبادئ عامة تحكم الدراسة بأكملها وفي النهاية نصل إلى بيان الحكم الصادر في الدفع والطلب وطبيعته والآثار المترتبة عليه ، وذلك في إطار محاولة لوضع نظرية عامة للدفوع في قانون الإجراءات الجنائية قائمة على المنهج التحليلي والتأصيلي في البحث.

وإذا كانت مؤلفات الفقه في الإجراءات الجنائية لم تعط هذا الموضوع حقه في الدراسة المتعمقة على ما سلف القول ، فلقد تناوله فقه المرافعات المدنية بالبحث التفصيلي ، ذلك أن قانون المرافعات قد أفرد فصلاً كاملاً له في نصوصه تحت عنوان "الدفوع والطلبات العارضة " ابتداء من المادة ١٠٨ حتى المادة ١١٦ من قانون المرافعات المدنية وهو ماترتب عليه ثراء الفقه فى

المرافعات بالابحاث التى ظهرت فى محاولة منها لوضع أسس لنظرية الدفوع فى قانون المرافعات.

ومن ثم فإننا نجد لزاماً علينا أن نستعرض بعض جوانب هذه الدراسة في المرافعات بالقدر اللازم لبناء نظرية مماثلة لها في قانون الإجراءات الجنائية باعتبار أن قانون المرافعات هو القانون العام الذي يتعين الرجوع إليه لسد النقص الوارد في قانون الإجراءات الجنائية حينما تعرض مسألة إجرائية خلت نصوص قانون الإجراءات من التعرض لها.

خطة البحث :

لما كانت الخصومة الجنائية تشمل مجموعة الإجراءات الجنائية التي تبدأ بالعمل الافتتاحي لها وهو "الدعوى الجنائية" وغيرها من الإجراءات التالية له حتى تنقضي بحكم بات أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء ، فلقد آثرت أن أبدأ دراسة هذا الموضوع بربطه ابتداء بفكرة الدعوى الجنائية لما لهما من ارتباط وثيق ، إذ أن "الدفع" كحق في الدفاع من جانب المدعي عليه يقابل حق المدعي في الالتجاء إلى القضاء وينشأ نتيجة لاستعماله. فالدعوى والدفع في مجال الخصومة الجنائية "صنوان متلازمان" ، فحيث ترتكب جريمة ينشأ حق الدولة في العقاب ووسيلتها في ذلك هي "الدعوى الجنائية" تتولاهاالدولة عن طريق سلطتها في الإدعاء (النيابة العامة) وينشأ نتيجة لذلك حق المدعي عليه (المتهم) في الدفاع وذلك بممارسة حقه الطبيعي في إبداء الدفوع والطلبات. فالدعوى الجنائية التي تباشرها النيابة العامة كالدفع الذي يدفع به المتهم يصدق على كليهما تعريف "الوسيلة القانونية" التي يطلب بها الشخص من القضاء الحصول على تقرير حق له أو حمايته. ومن ثم فإننا سوف نعرض في فصل تمهيدي لبيان الصلة بين الدعوى والدفع، ثم نتتبع بيان الصلة بين الدفع والدعوى بعرض موجز لأنظمة السياسة الإجرائية الجنائية وتطورها التاريخي ، ومدى صلتها بالحق في إبداء الدفوع والطلبات، وكيف أن هذا الحق نشأ وظهر في ظل النظام الاتهامي حتى يمكن القول بأنه ثمرة من ثمار هذا النظام

الذي ارتبط هو الآخر في ظهوره بمدى ما للحريات العامة وضمانات المتهم من أهمية في تقدير الشارع، فكلما برزت ضمانات المتهم أمام الشارع وسيطرت عليه اعتبارات العدالة والاستقرار القانوني خفت وطأة "نظام التحري والتنقيب" وظهر النظام الاتهامي بما يمثله من ازدياد ضمانات المتهم ومنها "الحق في إبداء الدفوع والطلبات" على أن ذلك لايعنى انفراد النظام الاتهامى باعتبارات العدالة والاستقرار القانونى وحده، فالنظام التنقيبى الذى تلاه تغلب عليه ذات الاعتبارات أيضاً، ولكن يتبع فى الوصول إليها أساليب أخرى .

ولما كان الحق فى إبداء الدفوع يتفق مع الفلسفات التي تأخذ بمبدأ الإرادة الحرة للجناة في الأنظمة العقابية: كالمدرسة الكلاسية ، والمدرسة النيوكلاسية ، فقد يقتضى البحث التعرض لبعض المظاهر التي يبرز فيها الارتباط الإجرائي برغبة تحقيق الوظيفة الأخلاقية للعقوبة على أقوى وجه ممكن بحسب سياسة التشريع طبقاً لما هو وارد في بعض موضوعات فلسفة القانون. ومن أهم هذه الظواهر "كفالة حق الدفاع" الذي يعتبر وبحق الأساس القانوني السليم للحق في إبداء الدفوع والطلبات ، والذي تمخض بدوره عن "قرينة البراءة" المشار إليها آنفاً والتي تفترض أن الأصل في الإنسان البراءة ، مما يدعونا للتعرض في هذا الفصل التمهيدي أيضاً في إيجاز لماهية هذه القرينة وطبيعتها والنتائج التي ترتبت عليها. فإذا ما فرغنا من ذلك فإننا سوف نتناول بالبحث في هذا الفصل الأساس القانوني للحق في إبداء الدفوع والطلبات باعتباره ناشئاً عن حق الدفاع وصلته بضمانات المتهم التي يشترك مع سائر أطراف الخصومة الجنائية في التمتع بها ، وتلك التي ينفرد بها عن باقي أطراف الخصومة الجنائية. ثم نتناول بالبحث الأصول الدستورية والتشريعية للحق في إبداء الدفوع الطلبات ، وكيف أن هذا الحق قد نصت عليه الدساتير، وتضمنته نصوص التشريعات المختلفة داخلاً في إطار حق الدفاع المكفول بموجب هذه الدساتير وتلك التشريعات.

وبعد أن ننتهي من الفصل التمهيدي سوف نقسم الدراسة في هذا البحث إلى ثلاثة أبواب:

الباب الأول:

ونتعرض فيه لدراسة عن النظام القانوني للدفوع في ثلاثة فصول.

نستعرض في الفصل الأول الطبيعة الإجرائية للدفع من حيث كونه ذا طابع أولى أو طابع فرعي بحسب ارتباطه بأصل هام من أصول التقاضي أمام القضاء الجنائي هو مبدأ "قاضي الدعوى قاضي الدفع" ذلك المبدأ الذي يعني اختصاص المحكمة بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية مما يؤدي إلى أن تخضع الدعوى الجنائية بجميع عناصرها لسلطة القاضي الجنائي. وبقدر اتصال الدفع بهذا المبدأ يمكن اعتباره أولياً ، أما إذا بعدت الشقة بينه وبين هذا المبدأ بحيث خرجت المسألة العارضة عن حدود اختصاص قاضي الدعوى ، وأصبحت من اختصاص قضاء آخر أو جهة أخرى واستلزم ذلك من المحكمة وقف الدعوى الأصلية حتى يفصل في هذه المسألة ، كان للدفع طابع فرعي.

وقد اقتضى ذلك بيان ماهية المبدأ و مبرراته وتطوره التاريخي في القانونين المصري والفرنسي ، وخصائصه من حيث اعتباره ذا طابع إلزامي ويتسم بالصفة العارضة. ثم نعرض في النهاية للتفرقة بين المسائل الأولية والمسائل الفرعية في القانونين الفرنسي والمصري والمعايير المختلفة التي ظهرت للتفرقة وصلة ذلك بمبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع ، ثم أثره في النهاية على بيان الطبيعة الإجرائية للدفع من حيث كونه ذا طابع أولى أم طابع فرعي.

وفي الفصل الثاني من هذا الباب نتعرض للشروط الواجب توافرها في الدفع في ثلاثة مباحث ، نعرض في أولها لشروط صحة الدفع سواء باعتباره دعوى بحسب التعريف الذي أخذنا به في هذه الدراسة أو بعد استعراض شروط الدفع والطلب بصفة عامة حسبما اضطردت عليه أحكام القضاء من

حيث وجوب إبداء الدفع أو الطلب أمام الجهات المختصة قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى في صورة صريحة جازمة ، وأن يكون ظاهر التعلق بموضوع الدعوى وألا يتنازل عنه مقدمه صراحة أو ضمناً.

ثم نعرض في المبحث الثاني لمراحل إبداء الدفع وما يجب إبداؤه منها أمام محكمة الموضوع وما يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفي المبحث الثالث نتعرض لعبء إثبات الدفع وعلى من يقع ودور قرينة البراءة في هذا الشأن وآراء الفقه فيمن يتحمل عبء إثبات الدفع ، ثم ننهي هذا المبحث بالحديث عن تقادم الدفع ، وهل الدفوع تتقادم أم لا تتقادم وما يختلط بها في هذا الخصوص من مصطلحات أخرى كالسقوط مثلاً وما يثار تحت هذا العنوان من سقوط الحق في التمسك بالدفع.

وإذا كان الرد على الدفوع والطلبات يتصل بقاعدة أن الأحكام الجنائية يجب أن تبنى على اليقين باعتبار أن الأصل في الإنسان البراءة وهذا يقين فإنه لا يزول إلا بيقين مثله. فهذا اليقين يفرض على المحكمة أن ترد على الدفوع والطلبات التي يتقدم بها الخصوم متى توافرت شروط قبولها لأن عدم الرد عليها ، يؤدي - إذا كانت هذه الدفوع والطلبات صحيحة - إلى هدم أدلة الإدانة أو الانتقاص منها بما يؤثر في الأساس اليقيني الذي يجب أن تبنى عليه الأحكام الجنائية ، فضلاً عن أن الرد على الدفوع والطلبات وتضمين أسباب الحكم هذا الرد يعد دفعاً للنقد المحتمل للحكم ، وهذه القاعدة تسري على أحكام الإدانة وأحكام البراءة على السواء ، فحكم الإدانة يتعين أن يرد ويدحض الدفوع التي من شأنها لو صحت لرتبت براءة المتهم ، ويتعين أن يعلل حكم البراءة ، كذلك سبب رفض الأخذ بدليل الإدانة ومن أجل ذلك فإننا سوف نتعرض في الفصل الثالث للأساس القانوني في التزام المحكمة بالرد علي الدفع وبيان أنه ناشئ عن التزامها بتسبيب حكمها ولحالة تخلف هذا الالتزام وعدم مراعاته التي ينشأ عنها قصور الأسباب أو تخلفها مع بيان الصور التي جرى عليها العمل القضائي في هذا الشأن لقصور التسبيب ، ومتى يكون التسبيب معيباً في هذه الحالات.

الباب الثاني:

ونتعرض في هذا الباب لتقسيمات الدفوع المختلفة في دراسة تحليلية نبين فيها هذه التقسيمات في قانون المرافعات والتي قسمها الفقهاء إلى دفوع شكلية وموضوعية ودفوع بعدم القبول ، وبعد ذلك نستعرض التقسيمات المختلفة للدفوع في الإجراءات الجنائية ، ورأينا الخاص في تقسيمها إلى دفوع شكلية تتعلق بإجراءات الخصومة الجنائية وصحة اتصال المحكمة بها يترتب عليها فيما لو صحت تحديد مصير الدعوى الجنائية فيها وأخرى موضوعية تنفذ إلى موضوع الدعوى الجنائية ذاتها وأدلتها أو المدنية المرفوعة بالتبعية ويترتب عليها فيما لو صحت تقويض البنيان القانوني للجريمة. ويدخل فى هذا النوع الأخير الطلبات باعتبارها هى الأخرى نوع من الدفوع الموضوعية على ما سوف يتضح فى البحث وسبب اعتبارنا لها كذلك ، ومن ثم الاقتصار فى تقسيم الدفوع عموما إلى شكلية وموضوعية.

وسوف نقسم هذا الباب لفصلين:

الفصل الأول:

ونتعرض فيه للدفوع الشكلية وأهم تقسيماتها فى أربعة مباحث على النحو التالى:

المبحث الأول:

ونتعرض فيه للدفوع المتعلقة بصحة اتصال المحكمة بالدعوى وقد تخيرنا من بين هذه الدفوع أربعة أنواع:

١- الدفوع المتعلقة بالاختصاص الجنائى ونبين فيه نوعية الاختصاص (نوعي - محلي-شخصي) ثم نبين أن لهذا الدفع طابعاً إلزامياً يرجع إلى أن مصدره القانون في النصوص المتضمنة حالات الاختصاص وأن جميع أنواعه تتعلق بالنظام العام لأنها تمس مصلحة المجتمع بما يترتب على ذلك من آثار وهي جواز إثارتها أمام كافة سلطات التحقيق ودرجات التقاضي حتى ولو

كان لأول مرة أمام محكمة النقض بشرط أن تكون عناصره مطروحة أمام محكمة الموضوع ولا تستلزم تحقيقاً موضوعياً أمام محكمة النقض.

ثم نوضح في النهاية أن لهذا الدفع طابعاً أولياً بحسب المعيار الذي سرنا على نهجه في البحث باعتبار أن المحكمة التى تفصل فى الدعوى هى التى تتولى الفصل فيه ابتداءً.

٢- الدفع بالارتباط وهو من الدفوع التي يترتب على صحتها امتداد الاختصاص بأن يقضي القاضي في جريمة ليست من اختصاصه ، وقد يرى المتهم أن من مصلحته التمسك بتحقق الارتباط إذا كانت الجرائم ينطبق عليها عقوبة واحدة هي عقوبة الجريمة الأشد في الجرائم المرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، وقد يرى أن من مصلحته التمسك بعدم توافر الارتباط كما في الارتباط البسيط إذا كان يترتب على ذلك أن تعتبر الجريمة البسيطة ظرفاً مشدداً للثانية فيدفع بذلك وقد بينت المادة ٢١٤ إجراءات حالات امتداد الاختصاص في حالة تحقق الارتباط مع بيان المحكمة المختصة في هذا الشأن.

٣- الدفع بمخالفة تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية وهو من الدفوع التي يترتب عليها أيضاً في حالة تحققها أن تقضي المحكمة بعدم اختصاصها بالدعوى المدنية باعتباره دفعاً متعلقاً بالنظام العام ، غير أنه يختلف عن الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية لانتفاء شروطها أمام القضاء الجنائي والذي يترتب عليه فيما لو صح أن تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى المدنية مادة (٢٥١ إجراءات جنائية) وهو دفع لا يتعلق بالنظام العام على عكس الدفع بمخالفة تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية ، وكلا الدفعين سوف يتبين من الدراسة أنهما من طبيعة أولية لأن المحكمة التى تفصل فى الدعوى هي التي تتولى الفصل فيهما.

٤- الدفوع المتعلقة بالمسائل غير الجنائية ، هي تلك المسائل التي يمتد اختصاص القاضي الجنائي بنظرها إذا ما عرضت أمامه أثناء نظر الدعوى الجنائية ويتوقف الفصل في الأخيرة على هذه المسائل كالمسائل المدنية المتمثلة

في بيان صفة العقد في جريمة خيانة الأمانة والملكية للمنقول في جريمة السرقة.

المبحث الثاني:

ونتعرض فيه للدفوع المتعلقة بصحة إجراءات رفع الدعوى كالدفع ببطلان إجراءات التكليف بالحضور والدفع المتعلق بأوامر الإحالة.

المبحث الثالث:

ونستعرض فيه الدفوع المتعلقة بصفة رافع الدعوى كالدفع بانعدام صفة رافع الدعوى ونبين فيه الجهات التي تملك رفع الدعوى الجنائية طبقاً للقانون، وحالات هذا الدفع وموقف هذا الدفع من النظام العام وأنه قد يتعلق بالنظام العام في بعض الحالات ولا يتعلق به في حالات أخرى كالحق في التصدي إذا ما خولف. كما نبين في هذا المبحث الدفع بورود قيد على سلطة الادعاء كالشكوى والطلب والإذن.

المبحث الرابع:

ونستعرض في هذا المبحث الدفوع المتعلقة بانقضاء سلطة الادعاء ، كالدفع بالتقادم وانقضاء الدعوى الجنائية بالوفاة وسبق صدور حكم بات فيها والعفو عن الجريمة والدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح ، مع بيان أحكام كل دفع على حده وما أثير في شأن الدفع بالتقادم ، وهل هو دفع موضوعي أم شكلي والرأي الذي أخذت به في البحث ومدى تعلق كل دفع منهم بالنظام العام والطبيعة الإجرائية له.

الفصل الثاني:

وسوف نتعرض فيه للدفوع الموضوعية التي تتعلق بموضوع الدعوى الجنائية وأركان الجريمة المكونة لها أو تصوير الواقعة أو تقدير الأدلة التي تثار بها ويترتب عليها في حالة صحتها الحكم ببراءة المتهم أو امتناع عقابه أو التخفيف من قدر مسئوليته وهى لا تقع تحت حصر. وقد راعيت في

عرضها تقسيمها لعدة أنواع بحسب الهدف منها وتخير ت منها ما يترتب عليه فى حالة صحته نفى صفة الجريمة عن الفعل بتقويض الركن الشرعى فيها وما يترتب عليه أيضا فى حالة صحته انتفاء الركن المادي للجريمة أولاً ثم الركن المعنوي أو تلك التي تتعلق بمشروعية أدلة الجريمة أو التى تهدف إلى امتناع العقاب أو التخفيف منه وأفردت أخيراً مبحثاً لطلبات التحقيق المختلفة باعتبارها نوعا من الدفوع الموضوعية بحسب الرأي الذي انتهيت إليه في هذا البحث. وقد كان بيان هذه الدفوع في هذه الدراسة في خمسة مباحث على النحو التالى:

المبحث الأول:

ونتعرض فيه للدفوع التى تهدف إلى نفى صفة الجريمة عن الفعل وتقويض ركنها الشرعى الذى يضفى التكييف القانونى على الفعل لخضوعه لنص تجريمى ومن ثم ينفيه خضوع الفعل لسبب إباحة أو الحكم بعدم دستورية نص تجريمى أو اعتباره أصلح للمتهم، ولذلك كان استعراض هذا النوع من الدفوع الموضوعية ابتداء بحسب الهدف المشار إليه سلفا ، والذى تتقدم به على سائر أنواع هذه الدفوع الموضوعية فى البحث.

المبحث الثانى:

ونتعرض فيه للدفوع التى تهدف إلى تقويض البنيان القانونى للجريمة فى ركنها المادى كالدفع بانتفاء رابطة السببية وأحكامه الإجرائية وأنه غير متعلق بالنظام العام بما يرتبه ذلك من آثار تحتم ضرورة عرضه علَى محكمة الموضوع ، وكذلك للدفع بالمسألة الفرعية ودفوع أخرى يترتب على صحتها تقويض الركن المادى للجريمة.

المبحث الثالث:

ونستعرض فيه الدفوع المتصلة بانتفاء المسئولية الجنائية وامتناع العقاب منها. و نبين منها الأكثر شيوعا كالدفع بالإكراه وحالة الضرورة والدفع بالجنون والعاهة العقلية والدفع بتوافر عذر قانونى أو ظرف مخفف.

المبحث الرابع:

نتعرض فيه للدفوع التى تهدف إلى انتفاء مشروعية أدلة الجريمة وصحتها كالدفع بالبطلان وتطبيقاته والدفع بالتزوير.

المبحث الخامس:

وفيه نبين طلبات التحقيق المختلفة ورأينا الخاص في اعتبارها نوعا من الدفوع الموضوعية وأسانيده.

الباب الثالث:

وفي هذا الباب نبين الأحكام الصادرة في الدفوع والتي قد تكون متعلقة بالاختصاص أو القبول أو الأحكام الصادرة في الموضوع ، وسوف نبين طبيعة كل نوع منها من حيث كونه فاصلاً في الموضوع من عدمه ، والآثار المترتبة على كل منها من حيث حجيته والطعن فيه وما يترتب على ذلك من إعادة طرح النزاع من جديد على المحكمة. وذلك في ثلاثة فصول على النحو المبين تفصيلاً بالبحث.

وسوف نختتم هذه الدراسة بخاتمة نضمنها أهم النتائج التي خلصنا إليها.

والله الموفق ،،،

المؤلف

فصل تمهيدي

تعريف الدفوع وأساسها القانونى

١- تمهيد وتقسيم:

لما كان الدفع هو وسيلة دفاع المدعي عليه في الخصومة الجنائية التي تنشأ نتيجة استعمال المدعي لحقه فيها عن طريق الدعوى ؛ فقد قسمت الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين: الأول ونتعرض فيه للمقصود بالدفع في قانون المرافعات وقانون الإجراءات وأي هذه التعريفات رأينا الأخذ به. وللصلة بين الدفع والدعوى ومدى تعلق تلك الفكرة بأنظمة السياسة الإجرائية الجنائية في مطلب أول نتلوه ببيان التفرقة بين الدفع والطلب في مطلب ثان. والثاني نتعرض فيه للأساس القانوني للدفوع والمتمثل في أنه جوهر حق الدفاع فنبين في المطلب الأول من هذا المبحث صلة الدفوع بضمانات المتهم ثم نوضح في المطلب الثاني الأصول الدستورية والتشريعية للحق في إبداء الدفوع والطلبات وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف الدفوع

المطلب الأول: الصلة بين الدفع والدعوى

المطلب الثاني: التفرقة بين الدفع والطلب

المبحث الثاني : الأساس القانوني لفكرة الدفوع

المطلب الأولى: ارتباط الدفوع بضمانات المتهم

المطلب الثاني: الأصول الدستورية والتشريعية لنظرية الدفوع.

المبحث الأول
التعريف بالدفوع

٢- الدفع لغة:[١]

هو تنحية الشيء وإزالته بقوة. فيقال دفعته عني ، أي أزلت الأذى والشر عني. ويقال دفعه فلان إلى كذا ، أي اضطره إلى فعل أو قول شيء. ويقال أخيراً دفع القول أي رده بالحجة.

والدفع أساساً من المدافعة ، فيقال دفع أو دافع عنه أي حامي عنه وانتصر له. ومن ذلك الدفاع في القضاء. ومن هنا كان تعريف الدفع في لغة القانون ، فالدفع في لغة القانون يختلف في قانون المرافعات عنه في قانون الإجراءات ، إذ يعتبر الفقه له معنى مختلف وذاتية مستقلة في كل نوع من هذه القوانين.

وسوف نعرض لمعنى الدفع في قانون المرافعات ، ثم نتلو ذلك ببيان معناه في قانون الإجراءات الجنائية.

٣- المقصود بالدفع في قانون المرافعات:

يطلق اصطلاح الدفع (exception)[٢] بمعناه العام على جميع وسائل الدفاع (moyens de défense) التي يستعين بها الخصم ليجيب على دعوى

١- المعجم الوجيز في اللغة العربية الصادر من مجمع اللغة العربية. ص ٢٣٠.

٢- Morel (René): Traité élémentaire de procédure civile. Paris 1949 n.46 p.49,50 وما بعدها Glasson E: précis de procédure Civile 1éd 1902 n.229 p.580

وقد قصد القانون المدني الفرنسي المعني المتقدم في كثير من الحالات (راجع على سبيل المثال المواد ١٢٠٨، ١٣٦٠، ١٣٦٧، ٢٠١٢ من ذات القانون).

خصمه ، بقصد تفادى الحكم لخصمه بما يدعيه.[1]

ويطلق هذا الاصطلاح في قانون المرافعات على الوسائل التي يستعين بها الخصم ، ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه ، فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه.

والدفوع بمعناها العام كثيرة ومختلفة باختلاف الغرض منها والأثر الذي يترتب على قبولها[2]. فإذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه بمبلغ معين : باعتباره ثمناً لعين اشتراها المدعي عليه ، فإن المدعي عليه قد يدفع هذه الدعوى منازعاً في الحق الذي يدعيه بأن ينكر واقعة الشراء مثلاً، أو يزعم بطلان البيع ، وقد يدفع المدعي عليه الدعوى دون أن ينازع في الحق المدعى به ؛ لكنه يدفعها بدفع يطعن به على صحة الخصومة ، كما لو دفع الدعوى بأنها رفعت إلى محكمة غير مختصة ، أو أن الإجراء الذي رفعت به باطل. وقد لا يتعلق دفعه بأصل الحق أو بصحة إجراءات الخصومة ، وإنما ينازع المدعي عليه في حق المدعي في رفع الدعوى ، كأن يزعم ألا مصلحة للمدعي في الدعوى فلا حق له في رفعها أو يزعم ألا حق له في رفعها ؛ لفوات الميعاد الذي كان يجب أن ترفع فيه ، كفوات ميعاد السنة التي يجب أن ترفع فيه دعاوى الحيازة الواردة بالمادة ٩٥٨ وما بعدها من القانون المدني ، أو فوات الميعاد - المقرر قانوناً - الذي يجب أن يرفع فيه الطعن في الحكم.

ويرى جانب من الفقه ، أن الدفوع هي الأوجه المختلفة التي للمدعي عليه أن يبديها ، لرد دعوى المدعي أي دفعها أو إبطالها. وهي من وجهة نظره على هذا النحو نوعان من الدفوع:

١- الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا. نظرية الدفوع في قانون المرافعات. ط. عام ١٩٨٠ منشأة المعارف ص١١٢ وما بعدها ط ٨ عام ١٩٨٨ ص١١ وما بعدها - الأستاذ الدكتور عبد الحميد أبو هيف " المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر " ط عام ١٩٢٠ ص٣٧٨ - الأستاذ الدكتور / رمزي سيف " شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية " ط. خاصة عام ١٩٦٤ ص ٤٢٢.

٢- الأستاذ الدكتور / رمزي سيف " المرجع السابق " ص ٤٢٣.

دفوع موضوعية: Défenses - au fond ودفوع فرعية Défenses exceptiones

فأما الدفع الموضوعي ، فهو دفع مرماه نفى أو إنكار طلب المدعي كلياً أو جزئياً ، وبيان أن هذا الحق لم يوجد أصلاً أو وجد ولكنه وُفيَّ أو سقط بالمقاصة القانونية أو بمضي المدة أو بغير ذلك.

وأما الدفع الفرعي ، فهو أمر يرد المدعي عليه به الدعوى من غير أن يدخل في موضوعها ، أو يتعرض لإنكار حق المدعي ؛ وذلك بأن يطعن في شكل الطلب أو كيفية تقديمه أو يطلب تأجيل النظر فيه لأجل معلوم أو لحين استيفاء شروط خاصة.[1]

والدفع بنوعيه على النحو السابق بيانه واجب التحقيق. ويتعين على المحكمة أن ترد عليه في أسباب حكمها. ويمكن على هذا النحو تعريفه بأنه " سلطة للمدعي عليه في تأكيد واقعة مانعة أو منهية للواقعة المنشئة ، التي أكدها المدعي ليس من شأنها رفض الدعوى ما لم يتمسك بها المدعي عليه. وقد يفضي تمسكه بها إلى تعطيل نظر موضوع القضية ، أو منعه لسبب قد يتعلق بإجراءات الخصومة "[2] ويشمل التعريف بهذه المثابة ، الدفع بنوعيه الموضوعي والشكلي.[3]

ومع اختلاف مسميات الفقه لمصطلح الدفوع ، فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية[4] على تعريف الدفع بأنه في اصطلاح الفقهاء " هو دعوى من قبل المدعي عليه ، يقصد به دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي : بمعنى أن المدعي عليه يصير مدعياً إذا أتى بدفع ، ويعود المدعي الأول مدعياً ثانياً

١- الأستاذ الدكتور / عبد الحميد أبو هيف. المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر. المرجع السابق ص٣٧٩ .

٢- Morel (René): Traité élémentaire de procédure civile. Op. Cit n.48 p.5

٣- الأستاذ الدكتور / فتحي والي. المرجع السابق ص ٥٣٦ وما بعدها.

٤- نقض مدني جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٨٤ مجموعة أحكام النقض المدني س٣٥ ق١٧٠ ص١٩٢٥، نقض مدني جلسة ٧ إبريل ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض المدني س٢٧ ق ٣٦٧ ص ٨٩٥ .

عند دفع الدفع". وهي بهذا المعنى العام أوضحت مدى أهمية الدفع في الدعوى ، والأثر المترتب على هذه الأهمية. إذ أن الدفع كحق في الدفاع من جانب المدعي عليه يقابل حق المدعي في الالتجاء إلى القضاء وينشأ نتيجة لاستعماله.[1]

٤- المقصود بالدفوع في قانون الإجراءات الجنائية:

لم يضع الفقه الجنائي تعريفاً محدداً أو موحداً لاصطلاح الدفع في قانون الإجراءات الجنائية.

فجانب من الفقه يرى أن كلمة الدفع تطلق على أوجه الدفاع الموضوعية أو القانونية التي يثيرها الخصم لتحقيق غايته من الخصومة في الدعوى.[2] بينما يرى جانب آخر من الفقه أن المقصود بالدفوع هو أوجه الدفاع القانونية المختلفة ، التي من مؤدى الأخذ بها عدم الحكم على المدعي عليه من قبل المحكمة المنظورة أمامها الدعوى ، بناء على التهمة المنسوبة إليه.[3]

ويعرف جانب ثالث من الفقه الدفع بأنه " الدفاع الجوهري الذي من شأنه - لو صح - تبرئة المتهم وتغيير وجه الرأي في الدعوى.[4]

ويرى جانب أخير من الفقه أن المشرع لم يضع تعريفاً محدداً للدفوع في كل من قانون الإجراءات الجنائية وقانون المرافعات المدنية والتجارية وأن قضاء النقض المصري لم يضع تعريفات محددة لهذا المصطلح.

١- الأستاذ الدكتور / فتحي والي تنظيم القضاء المدني ط١٩٨٠ دار النهضة العربية، ص٥٣٢، ليجان جزء أول ص, ٥٥ مشار إليه بمرجع الدكتور فتحي والي سالف الإشارة.

٢- الأستاذ الدكتور/ رءوف عبيد " المشكلات العملية في قانون الإجراءات الجنائية " ط ١٩٧٩ دار الفكر العربي ص ٥٠٨ .

٣- الأستاذ الدكتور/ مأمون سلامة " قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض ط ١٩٨٠ دار الفكر العربي ص ٩٣١ .

٤- الأستاذ الدكتور نجيب حسني: " شرح قانون الإجراءات " ط ١٩٨٨ دار النهضة العربية ص٩٣١،الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور: "الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية " ط١٩٨٠ دار النهضة العربية ص١٠٩٠ .

ومن أجل ذلك فهم يحددون المقصود بالدفوع من ناحيتين:

الأولى من حيث طبيعة الوسيلة التي يلجأ إليها الخصم في الدعوى ، فالدفع يرتبط بطريقة مباشرة بموضوع النزاع. والثانية من حيث الهدف من إبدائه. فهو يوجه مباشرة إلى أدلة الدعوى ويرون من أجل ذلك أن الدفوع باعتبارها من وسائل الدفاع لا تضيف شيئاً جديداً إلى الخصومة الجنائية. وإنما تهدف فقط إلى تفادي الحكم بما يدعيه الخصم الآخر. والخصومة الجنائية على هذا النحو تتحدد بالادعاءات وليس بالدفوع.[1]

٥- رأينا في الموضوع:

ونرى أن التعريف الأولى بالاتباع هو ذلك الذي نجد له صدى في أحكام محكمة النقض المصرية بالدوائر المدنية والقائل بأن " الدفع دعوى من قبل المدعي عليه ، يقصد به دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي، بمعنى أن المدعي عليه يصير مدعياً إذا أتى بدفع ، ويعود المدعي الأول مدعياً عند دفع الدفع ".[2] ونطبق ذلك في مجال الإجراءات الجنائية حتى تتضح فكرة الدفع في قانون الإجراءات بأصولها وقواعدها وضوابطها لاسيما وأن نصوص قانون الإجراءات الجنائية قد خلت من بيان هذه الضوابط ولم يرد ذكر الدفوع إلا في نصوص متناثرة به كالمواد ٨١، ٨٢، ٣١١، ٤١٩ من قانون الإجراءات ، ومؤلفات الفقه التي ظهرت لمعالجة هذه النصوص لم تتناولها إلا باعتبارها بياناً في أسباب الحكم ، تلتزم المحكمة بأن تورده فيه ، وترد عليه الرد الكافي لحمل أسباب الحكم. ومن ثم فإن القول بأن الدفع دعوى يجد سنده في أن الخصومة الجنائية لا تتحدد بالادعاءات فقط. وإنما تتحدد بالادعاءات والدفوع

١- الأستاذ الدكتور حسني الجندي: " وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائي " ط١٩٨٩ دار النهضة العربية ص١٤ وما بعدها، أ. حامد الشريف: " نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائي " ط ثانية ١٩٩٠ المكتبة القانونية ص١٧ .

٢- نقض مدني ٢٧ نوفمبر ١٩٨٤ س٣٥ سالف الإشارة إليه بالبند ٣ من هذا البحث.

معا ، لأن الدفـع - كما سبق القول - حق للمدعي عليه يساعده أثناء سير الخصومة الجنائية ، ويقابل حق المدعي في الالتجاء للقضاء ، وينشأ نتيجة لاستعماله ، ويزيد من الضمانات المقررة له في هذه الخصومة أسوة بالضمانات المقررة للمدعي في ذات الخصومة ، فيتحقق بذلك نوع من التوازن فيها بين الادعاء وحق الدفاع باعتباره الأساس القانوني لإبداء الدفوع والطلبات.

والتلازم بين الدعوى والدفع يرجع إلى أنه يصدق على كليهما وصف "الوسيلة القانونية" التي يطلب بها الشخص من القضاء ، الحصول على تقرير حق له أو حمايته. فمتى كان ذلك ، وكانت قرينة البراءة هي التي تمخض عنها حق الدفاع الذي يعتبر الأساسي القانوني للحق في إبداء الدفوع - على النحو المشار إليه - فإننا سوف نحاول في هذا المبحث تحليل المبادئ التي تحكم الدفع - باعتباره دعوى - بدءاً من بيان الصلة بين الدفع والدعوى بوجه عام في مطلب أول ، ثم نتلوه ببيان المعنى المقصود للدعوى في الإجراءات الجنائية ، وكيف نشأ الحق في إبداء الدفوع في أنظمة السياسة الإجرائية الجنائية ، وأوجه الشبه والخلاف بين الدعوى والدفع بالمعنى المبين في هذا المطلب ، ونستعرض في المطلب الثاني من هذا المبحث الفروق المختلفة بين الدفع والطلب في قانون المرافعات ثم في قانون الإجراءات ، باعتبار أن قانون المرافعات يعتبر قانوناً عاماً بالنسبة لقانون الإجراءات الجنائية ويتعين الرجوع إليه لسد ما يوجد في القانون الأخير من نقص أو للإعانة على تنفيذ القواعد المنصوص عليها فيه.[1]

وإذ خلا قانون الإجراءات الجنائية أو قضاء النقض الجنائي من إيراد قاعدة تحدد المقصود بالدفوع ، وكان الفقه والقضاء المدني قد حدداً تعريفاً

١- نقض جنائي جلسة ١ ديسمبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض الجنائي س١٥ ص٧٧٤، نقض جنائي جلسة ١٢ يونيه ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض الجنائي س١٣ ق ١٣٩ ص٥٥٠ - جلسة ٢١ أكتوبر ١٩٦٣ س١٤ ق١٢١ص٦٢٢ - جلسة ١ مارس ١٩٦٥ س١٦ ق ٣٥ ص١٧٩ - أ. علي زكي العرابي - المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية ط١٩٥١ لجنة التأليف و الترجمة والنشر بمصر ص١٠ .

واضحاً لفكرة الدفوع وهي المشار إليها سلفاً ؛ فإنه يتعين الرجوع إلى هذا التعريف والأخذ بمقتضاه في الحدود التي تصلح لتطبيقه في مجال الإجراءات الجنائية. على النحو الذي سيتم بيانه خلال البحث. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "اختصاص القاضي الجنائي بنظر الدعوى المدنية الناشئة عن الدعوى الجنائية ؛ إنما هو استثناء من القاعدة ويتعين الفصل في هذه الدعوى ، وموضوع الدعوى الجنائية معاً بحكم واحد عملاً بالمادة ٣٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية ، فإن هو أغفل الفصل في إحداها ، فإنه يكون للمدعي بها أن يرجع إلى ذات المحكمة التي فصلت في الدعوى الجنائية للفصل فيما أغفلته عملاً بالقاعدة المقررة بالمادة ١٩٣ من قانون المرافعات ، وهي قاعدة واجبة الإعمال أمام المحاكم الجنائية باعتبارها من القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية ، ولعدم وجود نص يخالفها في قانون الإجراءات الجنائية".[1]

١- نقض جنائي جلسة ٩ مارس سنة ١٩٩٣ مجموعة أحكام النقض الجنائي س٤٤ ق٣٢ ص٢٤٦ –نقض جلسة ٨ يونيه سنة ١٩٧٥ س٢٦ ق١١٤ ص٤٩٠ (ويؤيد ذلك حكم النقض التالي " النطق بالحكم يجب إتمامه بحضور القضاة الذين اشتركوا في المداولة. فإذا حدث مانع لدى أحدهم فيجب توقيعه بمسودة الحكم بالتطبيق للمادة ١٧٠ مرافعات " جلسة ٢٠ يناير ١٩٧٥ س٢٦ ق٦١ ص٧٠ ".
وهناك اتجاه عام في الفقه يرى عكس ذلك الرأي، إذ يرى أن بين قانون المرافعات المدنية والإجراءات الجنائية فروقاً متعددة ترتد إلى اختلاف الأهداف التي يرمي إليها كل منهما ومن ثم فلا يمكن اعتبار قانون المرافعات هو الأصل العام الذي يجب الالتجاء إليه عند خلو قانون الإجراءات من نص يحكم الواقعة . (د. محمود محمود مصطفى شرح قانون الإجراءات الجنائية ط١٩٧٦ مطبعة جامعة القاهرة ص١١– د. عمر السعيد رمضان قانون الإجراءات الجنائية ط١٩٨٥ دار النهضة العربية ص٩ – د. مأمون سلامة قانون الإجراءات معلقاً عليه بالفقه وأحكام القضاء ط١٩٨٠ ص١٨ وما بعدها).
وهذا الرأي رغم قوة حججه إلا أنه لم يجب على تساؤل هام، وهو أنه خلال المدة التي تسبق تدارك النقص التشريعي في قانون الإجراءات الجنائية ويظهر خلالها حالة واقعية تستلزم تطبيق نصاً إجرائياً خلت منه نصوص القانون المشار إليه فما هو القانون الذي يمكن اللجوء إلى نصوصه لمعالجة هذا النقص؟ إن لم يكن قانون المرافعات ! و من أجل ذلك فإن أحكام محكمة النقض المصرية قد سارت بانتظام واضطراد على الأخذ بالاتجاه الأول من الفقه في أحكامها حتى الآن.

المطلب الأول

الصلة بين الدفع والدعوى

٦- تمهيد وتقسيم:

للدعوى ارتباط وثيق الصلة بالدفع ، فالدعوى كوسيلة لحماية الحق ، قد تستعمل بطريق المطالبة أو بطريق الدفع الذي يرد به الطلب ، فالدعوى التي يباشرها المدعي كالدفع الذي يدفع به المدعي عليه الدعوى ، يصدق على كليهما تعريف " الوسيلة القانونية التي يطلب بها الشخص من القضاء الحصول على تقرير حق أو حمايته"[١] ، وباعتبار أنهما صنوان متلازمان ينبتان من أصل واحد ، لأن الدفع كحق في الدفاع من جانب المدعي عليه يقابل حق المدعي في الالتجاء للقضاء وينشأ نتيجة لاستعماله ، فكل ما يقال فيما يلي عن الدعوى يصدق على الدفوع التي يقدمها الخصم للدفاع بها عن حقه. ولكي نتبين عمق هذه الصلة وأهميتها بين الدعوى والدفع ؛ فإن هذا المطلب يتضمن الحديث عن ثلاثة موضوعات نتناولها فى ثلاثة فروع على النحو التالى:

الفرع الأول: بيان طبيعة أو ماهية الدعوى والنظريات التي قيلت بشأنها في قانون وفقه المرافعات.

الفرع الثاني: بيان معنى الدعوى على وجه الخصوص في الإجراءات الجنائية.

الفرع الثالث: أوجه الشبه والخلاف بين الدفع والدعوى .

١- الأستاذ د. / عبد المنعم أحمد الشرقاوي " نظرية المصلحة في الدعوى " رسالة دكتوراه عام ١٩٤٧ جامعة القاهرة بند ٦ ص١٤ .

الفرع الأول
الدعوى في قانون المرافعات

٧- ماهية الدعوى   ٨- النظريات التي قبلت بشأنها في قانون المرافعات.

٧- ماهية الدعوى وطبيعتها بوجه عام:

إذا كان القانون قد نظم للأفراد حقوقهم وواجباتهم ، فإن مهمته لا تقف عند هذا الحد ولا تقتصر على هذا الشأن ، بل إن هذا التنظيم الذي استلزمه وجود الفرد في جماعة ، يستتبع إشراف القضاء عليه وإسناد هذه المهمة إلى سلطة تستقل به وتسهر عليه. وذلك بالنظر لتشابك المصالح في الحياة وتعارضها والتي تحتم أن يظل هذا الإشراف قائماً ، يوفق بين ما يتعارض منه بعضه مع بعض ، ويحسم المنازعات التي تقوم حولها وفق ما هو موضوع لذلك من قواعد وما هو قائم من الأسس والأنظمة. وهذه السلطة هي القضاء ، ومادامت الدولة قد أوجدت هذه السلطة فقد كان لزاماً عليها أن تخول الأفراد حق الالتجاء إليها لحمايتهم وصون حقوقهم. وإذا كانت الحقوق التي يتطلبها القانون ويكفلها لأصحابها بسلطة يرتبها لذلك فلابد من وسيلة لاقتضائها والحصول عليها. من هنا يتضح معنى الحق أنه ما يكون الناس كافة ملتزمين باحترامه ، وما يكون لصاحبه - عند الاقتضاء - أن يلزمهم بهذا الاحترام. وهذا الإلزام لابد له من وسيلة. هذه الوسيلة هي "الدعوى" فالدعوى إذن عنصر تكوين الحق ، يستكمل الحق بنيانه بها. فهي موجودة سواء اعتدى على الحق أو لم يعتد عليه وهي عند عدم الاعتداء على الحق تكون بمثابة سلاح منذر لمن يفكر في الاعتداء ، فإن وقع الاعتداء فعلاً فهي أداة دفعه وسبيل التعويض عنه ، ولذلك فلا غنى عنها في الحالتين.[1]

١- د. عبد المنعم الشرقاوي: " رسالة الدكتوراه المشار إليها " بند ١ص٩، د. فتحي والي: " قانون القضاء المدني بند ٤٤ص٩٣ وما بعدها :

Vincent (Jean): Procédure civile 18ém éd, Paris 1976, n. 40 ,41p.67; solus (Henry) et Perrot (Roger) Droit- judiciaire privé t. 1 1961 n. 22 p.119.

والدعوى - Action كفكرة قانونية - لم تستقر في الفقه حتى الآن ، وهي لازالت محوراً لخلاف محتدم. فالتعريف التقليدي للدعوى في القانون الفرنسي أنها " حق الشخص في المطالبة أمام القضاء بكل ما يملكه أو يكون واجب الأداء له" [1] ويساير الفقه الإيطالي هذا النظر إذ يرى كيوفندا أنه يوجد إلى جوار كل حق شخصي Droit Subjectif حق آخر منفصل عنه ، وإن كان تابعاً له. وهذا الحق الأخير هو حق الدعوى Droit d'action فقد نظم القانون حماية الحقوق ، ونظم الهيئة التي تقوم بهذه الحماية. ولكن هذه الهيئة – وهي محكمة – لا تستطيع أن تتدخل من تلقاء نفسها لحماية حق اعتدى عليه أو أنكر وجوده ، بل لقد خول القانون للأفراد حق دعوة هذه الهيئة إلى التدخل لمباشرة الحماية التي أوجدها القانون للحق المعتدي عليه ، وهذا الحق المخول هو ما يسمى "بالدعوى" [2] والواقع أن اللغة القانونية المستعملة سواء من المشرع أو من رجال الفقه قد ساعدت على تزكية هذا الخلاف[3] ذلك أن هذه اللغة تعرف عدة معان للفظ الدعوى:

فأحياناً تعني الدعوى المطالبة أمام القضاء ، فيقال رفع شخص الدعوى أي قدم طلباً إلى القضاء. وأحياناً أخرى يقصد بلفظ الدعوى الادعاء فيقال البينة على من ادعى. وأحياناً يستعمل لفظ الدعوى بمعنى الحق في حكم بمضمون معين لصالح المدعي. ومن هذا الحديث عن شروط دعوى استرداد الحيازة أو عن شروط دعوى منع التعرض. وأخيراً تستعمل الدعوى لتعني مجموعة الإجراءات أمام القضاء.[4]

١- ويشير إلى أنه تعريف بوتييه وقريباً منه تعريف أوبري رو. Glasson: op. cit. n. 172

٢- الفقيه دوجي " مطول القانون الدستوري" ج١ ص ٣٠٤ مشار إليه برسالة دكتوراه د. عبد المنعم الشرقاوي: " نظرية المصلحة في الدعوى " ص١٢ .

٣- الأستاذ الدكتور فتحي والي: " تنظيم القضاء المدني " بند ٢٦ ص٥٧، ٥٨ .

٤- الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعي: "مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد "ط١٩٧٣، ١٩٧٤ ص١٨١ .

٨- النظريات التي قيلت في تعريف الدعوى:

يمكن رد الآراء التي أبديت في شأن تعريف الدعوى إلى نظريتين:

أولاً: نظرية الوحدة أو الاندماج:

وأصحاب هذه النظرية يقررون أن الدعوى والحق ليسا إلا شيئاً واحداً. فالدعوى جزء من الحق ، أو عنصر من عناصره فلا يمكن فصل الدعوى عن الحق أو تصور وجود الحق بدون الدعوى ، فما الحق والدعوى إلا وحدة متكاملة[١] فتنشأ الدعوى مع الحق وتنقضي بانقضائه ، كما أن وحدة الدعوى و الحق يؤيدها أيضاً نفس الطبيعة ، والخصائص التي تستند إلى الحق تتمثل أيضاً في الدعوى المقترنة به ؛ فإن كان حقاً عينياً فالدعوى عينية ، وإن كان عقارياً فالدعوى عقارية ، يضاف إلى ذلك أن محل الحق أو موضوعه هو بذاته محل الدعوى ، فإن كان الحق ينصب على عقار معين فلا يمكن أن تنصب الدعوى إلا على ذلك العقار ، وإن كان محل الحق منقولاً كان هذا المنقول هو نفسه الموضوع الذي ترفع به الدعوى ، ويقرر أخيراً أنصار هذه النظرية أن التلازم بين الحق والدعوى ظاهر من عدم إمكان تصور دعوى لا تستند إلى حق - ولو كان مزعوماً أو منتحلاً - كما أنه لا يمكن أن يوجد حق لا تحميه دعوى.[٢]

ثانياً: نظرية الازدواج:[٣]

أثارت النظرية السابقة - نظرية الوحدة - انتقاد الفقه في إيطاليا وألمانيا ثم في فرنسا. فجانب من الفقه يذهب إلى أن الدعوى - رغم اتصالها بالحق -

١- الأستاذ الدكتور وجدي راغب: "النظرية العامة للعمل القضائي" رسالة دكتوراه ١٩٧٤ عين شمس ص ٤٥١ .
٢- د. عبد الباسط جميعي: " المرافعات المرجع السابق " ص ١٨٢ وما بعدها .
٣- د. عبد الباسط جميعي: المرجع السابق ص ١٨٤ .

هي شيء مستقل عنه بل إنها بدورها تشكل حقاً متميزاً بذاته له شروطه وقواعده الخاصة التي قد تختلف وتفترق عن شروط الحق الأصلي الذي تتصل به أو تقوم لحمايته. وفي سبيل تأييد هذا الجانب من الفقه لوجهة نظره يقرر أن اتحاد الدعوى بالحق ليس إلا زعماً يكفي لتبديده أن نتمثل دعوى كدعوى الصورية أو دعوى البطلان. ونتساءل عن الحق الذي تحميه هذه الدعاوى. وهل هو حق عيني أم حق شخصي وماذا يمكن أن يسمى هذا الحق.

ومن ناحية أخرى هناك العديد من الدعاوى التي يعترف بها القانون ولكنها لا تحمي حقاً بذاته كدعاوى الحيازة مثلاً. وقد يوجد الحق حيث لا توجد الدعوى كما في حالة الالتزام الطبيعي فإن الدائن في هذه الحالة وإن كان لا يملك المطالبة بحقه إلا أن ذلك لا ينفي أن له حقاً - وإن كان ناقصاً - بدليل أن المدين إذا أوفى التزامه بالرضا ، فلا يمكن أن يقال أن الدائن قد تلقى منه تبرعاً وإنما الذي يقال عندئذ هو أن الدائن قد استوفى منه حقه ، وعلى هذا فلا يمكن القول إن انتفاء الدعوى يؤدي إلى انتفاء الحق ذاته. بل وقد يبقى الحق رغم انتفاء الدعوى كما في حالة البطلان المطلق ، حيث يبقى الحق في التمسك به - بطريق الدفع - قائماً رغم أن مضي المدة أدى إلى سقوط الحق في رفع الدعوى ، وذلك طبقاً للقاعدة التي تقرر أن الدفوع مؤبدة [1] - فلا تنقضي بمضي الزمان -على خلاف الدعاوى فإنها مؤقتة. إذن يوجد حق يقوم حتى بعد انقضاء الدعوى ويتمثل في صورة الدفع. وفي الشريعة الإسلامية يعرفون الدعوى[2] بأنها " قول مقبول عند القاضي يقصد به الشخص طلب

١- د. عبد الباسط جميعي " المرجع السابق " ص١٨٦ - د. عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني" ط١٩٨١ دار النهضة ج أول مجلد أول ص٦٩٠ وما بعدها - عكس هذا الرأي د. أحمد أبو الوفا في مؤلفه " نظرية الدفوع " ط ١٩٨٨ منشأة المعارف ص١٣، ١٤ حيث يقرر أن ما يجوز طلبه بطريق الدعوى يجوز نفيه بطريق الدفع، وما يمتنع طلبه بالدعوى يمتنع نفيه بالدفع باعتبار أن الدعوى أو الدفع هما وسيلة المطالبة القضائية، فإذا جاز التمسك بأمر جاز طلبه وجاز دفعه، وإذا امتنع التمسك به امتنع سواء في صورة طلب أو في صورة دفع، أي أن الدفوع تتقادم شأنها شأن الدعوى.

٢- أحمد بك إبراهيم " مباحث المرافعات الشرعية " الموجز ط١٩٢٥ ص٣ .

حق معلوم قبل غيره أو دفاعه عن حق نفسه " ويرى جانب من الفقه [1] أن الدعوى هي الحق في الحصول على الحماية القضائية ، ويقرر نتيجة لذلك أن الحق في الدعوى هو حق شخصي في مواجهة شخص آخر ، مضمونه الحصول على تطبيق القانون في حالة محددة ومنح المدعي حماية قضائية معينة.[2] بينما يرى جانب آخر من الفقه[3] الأخذ بحل توفيقي في تعريف الدعوى بين نظريتي " الوحدة – الازدواج " ويقرر أن أية دعوى ترفع لابد وأن تستند – على نحو ما – إلى حق من الحقوق ولو كان مزعوماً. ولا يمكن من الناحية المنطقية أن نتصور دعوى تطرح على القضاء لا تدور فيها المناقشة حول حق معين يزعم أحد الخصمين قيامه وينكر الآخر وجوده. فالدعوى إذن ليست داخله في عملية التكوين القانوني للحق ، وإنما هي إجراء من إجراءات حمايته وأثر من آثار تلك الحماية القانونية المقررة له ، والتي تعتبر – هي دون الدعوى – عنصراً من عناصر وجوده. فالحق إذن فكرة متصلة اتصالاً وثيقاً بالدعوى ، لا سبيل إلى إنكاره ؛ ولكنها منفصلة في نفس الوقت عنها انفصالاً ليس في الوسع تجاهله. فالحق فكرة موضوعية والدعوى فكرة إجرائية[4] ولكنهما يرتبطان ارتباط النتيجة بالسبب ، ويؤثر كل منهما في الآخر ، فالدعوى هي الوسيلة القانونية لعلاج الاعتداء على الحق ، ولكن لكل من الدعوى والحق كيانه ومقومات نشوئه.

إن الدعوى باعتبارها وسيلة حماية الحق توجد دائماً مادام الحق موجوداً سواء لجأالشخص إلى القضاء طالباً حماية حقوقه من الاعتداء ، أو لم يلتجئ إليه طالباً هذه الحماية. ولكن عندما يلجأ الشخص إلى القضاء طالباً تدخل

١– د. فتحي والي " المرجع السابق " ص٥٨.

٢– Morel op. cit. n.24. p. 25

٣– د. عبد الباسط جميعي " المرجع السابق " ص١٨٧.

٤– د. عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص١٩٠.

الدولة بواسطة قضائها ؛ يكون بذلك قد باشر هذه الوسيلة - الدعوى - ومباشرة الدعوى هو ما نسميه المطالبة القضائية.[1]

أما الخصومة فهي مجموعة الإجراءات التي تستمر من وقت افتتاحها بالمطالبة القضائية إلى وقت انتهائها بالفصل في موضوعها أو انقضائها بمثل الترك أو الصلح أو السقوط أو البطلان.

وتفترق الدعوى عن الخصومة في وجوه عدة. فشروط الدعوى هي وجود الحق والمصلحة " الصفة " لدى المدعي. أما شروط الخصومة فمنها ما يتعلق بأهلية التقاضي ومنها ما يتعلق بالمتقاضين ، وهو شرط وجودهم بأشخاصهم أو بواسطة ممثليهم في الدعوى ؛ ومنها ما يتعلق بالمحكمة التي تعرض عليها الخصومة إذ يجب أن تكون مختصة حسب قواعد الاختصاص في القانون.

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي المعاصر بعد صدور قانون المرافعات الجديد إلى أن الحق في إلزام القضاء بالفصل في النزاع المعروض عليه هو حق الدعوى وهو في ذات الوقت حق الالتجاء إلى القضاء[2] وهي الفكرة التي اعتمدها فقهاء القانون العام من قبل وبعد أن اعتبر القانون الفرنسي الجديد الدعوى حقاً ، فلم يعد الفقه الفرنسي المعاصر يهتم بهذه التفرقة.

غير أن جانباً من الفقه يرى عكس هذا الرأي ؛ وأنه لا يصح ربط الدعوى كفكرة فنية بالحق في التقاضي ، باعتبار أن حق التقاضي يظل من الحقوق التي تخضع للأهواء والاعتبارات السياسية ، وهو في النهاية يرى أنه إذا كان هذا الحق هو طرح الادعاء على القاضي وإلزامه بالفصل فيه فإنه يكون هو

١- Glasson E.Précis de procédure op. Cit. 1éd n.170

دكتور عبد المنعم الشرقاوي المرجع السابق بند ٩ ص١٧، د. فتحي والي " الوسيط في قانون القضاء المدني "ط.١٩٨٠ دار النهضة العربية بند ١٩١ ص ٣٤٣، د. أحمد أبو الوفا " المرافعات " طبعة ١٩٨٠ بند ٩٩ ص١٠٩.

٢- Gerrad Couchez, "procédure Civile," 1978 no. 149.p.90

ذاته حق الدعوى[1] ونحن من جانبنا لا نجد في التفرقة التي تبناها الرأي الأخير بين الدعوى وحق التقاضي معياراً واضح المعالم يمكن الركون إليه في هذه التفرقة ووضع ضوابط لها. ونرى صحة ما سار عليه جمهور الفقه في التفرقة بين الدعوى والخصومة القضائية ووضع ضوابط محددة لكل منهما.

١- د. عزمي عبد الفتاح " نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني " ط. ١٩٩٠، دار النهضة العربية ص١٢٢.

الفرع الثاني
الدعوى في قانون الإجراءات الجنائية

٩- تمهيد:

انتهينا فيما سبق من بيان الآراء المختلفة في الفقه لفكرة الدعوى بوجه عام. وكيف أن ما يقال عن الدعوى يصدق على الدفوع التي يقدمها الخصم للمدافعة بها عن حقه، باعتبار أنهما يصدق عليهما كليهما تعريف " الوسيلة القانونية التي يطلب بها الشخص من القضاء الحصول على تقرير حق له أو حمايته"[١]. وإن كان للدعوى هذا الأثر في الدفع باعتبارهما عنصرين متلازمين في الخصومة الجنائية ؛ فإن الحديث يقتضينا قبل الخوض في بيان الدعوى الجنائية ومدي صلتها بفكرة الدولة ؛ أن نتعرض بداءة لنماذج السياسة الإجرائية الجنائية والتي من خلالها نشأت أفكار الدعوى، وحق الخصم في "إبداء دفوعه وطلباته" لكي نتبين منها أكثر هذه الأنظمة اتصالا بفكرة الدفوع وأشدها أثراً فيه.

١٠- النظم القانونية للسياسة الإجرائية الجنائية:

لقد عرفت الخصومة الجنائية ثلاثة أنظمة إجرائية ، وأول هذه الأنظمة وأقدمها هو النظام الاتهامي ، وثانيها هو النظام التنقيبي الذي أخذ به في عصور لاحقة على تكوين الدولة وتطور النظرة للحماية الجنائية للمصالح

١- د. أحمد فتحي سرور " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية " ط١٩٩٣، دار النهضة العربية ـ ص٩٠ وما بعدها .

المختلفة حتى ما تعلق منها بالأفراد ، وثالثها هو النظام المختلط الذي حاول التوفيق بين سابقيه تبعاً للاعتبارات المختلفة التي تقف وراء كل مرحلة من مراحل الخصومة الجنائية,فضلاً عن نظام الدفاع الاجتماعى الذى ظهر مؤخراً ولقد درج الفقه على إبراز الخصائص المميزة للأنظمة السابقة على النحو التالي:

أولاً: النظام الاتهامي:[1]

يعتبر هذا النمط من الناحية التاريخية أقدم أنماط النظم الإجرائية ، ويعتمد على تصور معين للخصومة الجنائية وهو اعتبارها نزاعاً شخصياً بين خصمين يحل من خلال اتباع إجراءات معينة أمام شخص محايد هو القاضي ، الذي يقتصر عمله على دور سلبي هو تقرير كلمة القانون لأحد الخصمين. وهذا النظام في فكرته لا يميز بين الإجراءات الجنائية والإجراءات المدنية ، فكلاهما وسيلة قانونية للحصول على حق المدعي وهو التعويض في الدعوى المدنية والعقوبة في الدعوى الجنائية[2] ويتميز النظام الاتهامي بالخصائص التالية:

أ) حرية الادعاء لأي فرد ، فالدعوى الجنائية يمارسها المضرور من الجريمة باتهام يوجهه إلى المتهم ومتولياً الادعاء فيه ولا يستطيع القاضي أن يتصل بالدعوى ما لم يتم الادعاء فيها حتى لو وصل نبأ الجريمة إلى علمه.

١- Garraud "Traité d'instruction criminelle et de procedure penale "Paris 1928 1.Ed, no 8 p. 11A. Esmein, "Histoire de la procédure criminelle edition" 1969 P. 47-53

٢- الأستاذ الدكتور / محمد محيى الدين عوض "القانون الجنائى وإجراءاته" ط ١٩٨١ بند ١٢ ص ١٤ وما بعدها – الأستاذ الدكتور / أحمد فتحى سرور" الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية" ط ١٩٨٠ دار النهضة العربية بند ١٨ وما بعده ص ٤٨ – ويقسم د. محيى الدين عوض هذا النظام إلى نظام الاتهام الفردى أو الشخصى و نظام الاتهام الأهلى ويرى أن النظريتين السابقتين ينتميان إلى النظام الاتهامى.

ب) ومن ناحية أخرى يقرر هذا النظام للمتهم ضمانات هامة تمكنه من المشاركة في جميع الإجراءات الجنائية ، عن طريق علانية إجراءات الخصومة وشفوية المرافعة والمساواة التامة بين الخصوم حتى صدور حكم بات في الدعوى. بما يتيح له أن يدفع الاتهام عن نفسه بسائر أنواع الدفوع ، فيثبت بذلك براءته أو يحدد النطاق الحقيقي لمسئوليته.

ج) للقاضي في هذا النظام دور سلبي بحت يقتصر على الموازنة بين أدلة الخصوم المقدمة إليه منهم دون أن يكون له دور إيجابي في البحث والتحقيق.

د) كما يتميز هذا النظام بأنه يتفق مع الفلسفات التي تأخذ بمبدأ الإرادة الحرة للجناة في الأنظمة العقابية كالمدرسة الكلاسية والمدرسة النيوكلاسية.
ويوجد نوع من الارتباط بين الأحكام الإجرائية لهذا النظام والوظيفة الأخلاقية للعقوبة ، تتجلى مظاهره في عدالة إجراءات الدعوى الجنائية كي تحقق العقوبة وظيفتها بإرساء مبادئ أساسية في التقاضي ، منها قاعدة براءة المتهم ؛ حتى يقوم الدليل على إدانته وما يتبعها من قاعدة تفسير الشك لصالح المتهم ، وقاعدة لا جريمة ولا عقوبة بغير نص وما يتبعها من قاعدة شخصية المسئولية الجنائية وغير ذلك من المبادئ التي لا غنى عنها لتحقيق العدالة ، كعلانية المحاكمة ووضع قواعد دقيقة لتسبيب الأحكام بحيث ينطوي التسبيب على أوفر تقدير لمبدأ شرعية المحاكمة والرد على دفوع وطلبات المتهم[1]. على أنه بقدر ما يوفر هذا النظام من ضمانات للخصوم اقترنت بتطبيقه ؛ توخياً لاحترام الحرية الشخصية كهدف قائم بذاته من التنظيم الإجرائي ، إلا أنه يعيبه أنه لا يهيئ السبيل للكشف عن الحقيقة ، فالقاضي أشبه بالمتفرج على الخصوم ودوره سلبي محض ، والحقيقة التي ينشدها محصورة فيما يعرضه الخصوم من أدلة وبراهين وقد تكون كلها غير صالحة أو غير كافية.

١- لتأصيل أكثر للنظام الاتهامي: د. عبد الوهاب العشماوى "الاتهام الفردى وحق الفرد فى الخصومة الجنائية" رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ط ١٩٥٢ ص ٩٣ وما بعدها، د. رؤوف عبيد" التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون "دار الفكر العربى" ط ١٩٧٦ ص ٤٦٥ وما بعدها د. توفيق الشاوى" فقه الإجراءات الجنائية" ط ١٩٥٤ دار الكتاب العربى بمصر ص ١٤ وما بعدها.

ثانياً: نظام التحري والتنقيب: [1]

ويتصف النظام التنقيبي بالخصائص الآتية:

أ) تدخل القاضي لا يكون بناء على ادعاء الأفراد ؛ وإنما بحكم وظيفته والذي يتولى بدوره وظيفة الادعاء. وقد ارتبط ظهور المرشدين السريين بهذا النظام.

ب) حرية القاضي في جمع الأدلة مستقلاً عن المضرور والمتهم ، وقد ظهرت بعد ذلك فكرة تقييد القاضي في اقتناعه بالأدلة القانونية ؛ منعا للتحكم الذى أدت إليه حرية القاضى فى جمع الأدلة وتكوين اقتناعه. ويقصد بالأدلة القانونية أن يكون الدليل مستمداً من القانون ، وليس من اقتناع القاضي.

ج) عدم المساواة بين الادعاء والمتهم. والحبس الاحتياطي للمتهم حتى الفصل في الدعوى، وسرية الخصومة سواء في مرحلة التحقيق أم في مرحلة المحاكمة.

وقد أطلق جانب من الفقه على هذا النظام اسم الاتهام القضائي أو الاتهام العام[2] وقد أخذت معظم التشريعات الحديثة بهذا النظام ؛ خاصة القانون الفرنسي ومعظم دول القارة الأوربية في القرن التاسع عشر ومعظم الولايات الأمريكية. ومع أن لهذا النظام مزاياه لارتكازه على فكرة الحقيقة واتخاذها هدفاً للتنظيم الإجرائي وظهور فكرة النيابة وتوليها سلطة الادعاء عن المجتمع عن طريق الدعوى الجنائية ، إلا أنه للأسف الشديد فإن هذا النظام قد حقق

١- Merel et Vitu " Traitê de droit criminel " 1973 Tome II 3e Edtion No 154-156 P.151.152

٢- الأستاذ الدكتور محيي الدين عوض: القانون الجنائي وإجراءاته "المرجع السابق " ص١٦، ١٧، د. رمسيس بهنام " الإجراءات الجنائية تاصيلاً وتحليلاً " ط١٩٨١ منشأة المعارف بالإسكندرية بنده ص٢٩، ويطلق على هذا النظام اسم " الملاحقة العمومية ".

هذه المزايا على حساب المتهم ، فلم يقم لحريته وزناً معيناً ، ولم تفترض البراءة في كافة الإجراءات المتخذة نحوه مما يسمح بانتهاك حريته وإهدار حقوقه في الدفاع. وبوشرت الإجراءات بغير علانية وبدون حضوره ، وبدون المناقشة الشفوية لأدلة الدعوى وقد أدى ذلك كله أن أصبح المتهم تحت رحمة قاضي التحقيق ويشعر بالعجز الإجرائي ، كما ترتب على المبالغة في الرغبة في كشف الحقيقة بأي ثمن ، أن فقد القضاء حيدته وسمح له بالجمع بين سلطات الاتهام والتحقيق والحكم على الرغم من التناقض بين مقتضيات كل منها. وهكذا لم يكن أساس الحكم في الدعوى هو ما تسمعه المحكمة وتناقشه في حضور المتهم. وقد ساهم في هذا القصور نظام الأدلة القانونية التي تقيد سلطة القاضي في الاقتناع والبحث عن الحقيقة من خلال مصادرها الفعلية.[1]

ثالثاً: النظام المختلط:

يمثل هذا النظام الحل التوفيقي بين النظامين السابقين فهو يأخذ بعض الملامح من كل من النظام الاتهامي ونظام التحري والتنقيب ، والفكرة التي تكمن وراء هذا التوفيق هى اختيار المبادئ التي تتفق مع الحاجات السياسية والاجتماعية في كل دولة فضلاً عن الاحتياجات العملية التي يتوخاها التطبيق ، ولهذا فإن النظام المختلط يتميز بالطابع العملي ، ولا يتخذ صورة ثابتة مستقرة لها معالم محددة. فالتوفيق بين الخصائص المختلفة للنظامين السابقين لا يسير على نمط واحد ، أو وفقاً لمعيار محدد ؛ بل يتأثر بطبيعة العلاقة بين الفرد والدولة وفقاً للقانون الوضعي. ومن خصائص هذا النظام ما يلي:

أ) لا تستأثر النيابة وحدها بمهمة الاتهام، وإنما يجوز أيضاً للمجني عليه تحريك الدعوى قبل المتهم.

١- أ.د أحمد فتحي سرور "الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية" الطبعة السابعة ١٩٩٣ طبعة نادى القضاة ص٣٠،٣١- أ.د مأمون سلامة " قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام القضاء "ط ١٩٨٠ ص ١٠،١١- أ.د نجيب حسني "شرح قانون الإجراءات الجنائية" ط ١٩٨٨ ص٤٠ وما بعدها.

ب) يشترك هذا النظام مع نظام التحري والتنقيب في إعطاء القاضي دوراً إيجابياً في البحث عن الحقيقة وفي تنظيم مرحلة أو أكثر سابقة على المحاكمة بجمع الأدلة وكشف الحقيقة.

ج) يسعى هذا النظام إلى الموازنة بين حقوق الاتهام وحقوق الدفاع ؛ إلا أنه لا يصل إلى المساواة التامة بين حقوق الاثنين.

وقد تلاقي هذا النظام مع نظام التحري والتنقيب فيما يتعلق بسرية التحقيق الابتدائي بناء على أن مصلحة هذا التحقيق تتطلب مباشرته دون علانية ، ولكن يجعل هذه السرية قيداً على المتهم على أنه في مرحلة المحاكمة يأخذ عن النظام الاتهامي مبادئ شفوية المرافعة والعلانية ومباشرة الإجراءات في حضور الخصوم. ومع ما يتميز به هذا النظام من ميزات حاولت معالجة بعض العيوب في كلا النظامين السابقين إلا أنه يلاحظ على هذا النظام افتقاده إلى نموذجَ واضح ، ويرجع ذلك إلى الطابع العملي في هذا النظام والذي يجعله متأثراً بالتجارب والظروف السياسية في الدول المختلفة.[1]

رابعاً: نظام الدفاع الاجتماعي:

يقوم النظام الإجرائي للدفاع الاجتماعي على الأفكار الرئيسية التي صيغت بها السياسة الجنائية[2]. ابتداء من النظرية الوضعية إلى نظرية الدفاع الاجتماعي الجديد على يد مارك إنسل. وهي نظرية تعتمد على التصور الفقهي لما يجب أن تكون عليه السياسة الجنائية تحت مسمى "الدفاع الاجتماعي الجديد". وهي وفقاً لهذا التصور فإنه يتعين حماية المجتمع بواسطة رد فعل معين ينبثق من شخصية المجرم ، ولا يمكن الوصول لهذه الغاية إلا إذا تمثل رد الفعل في صورة جزاء يهدف إلى تكييف المجرم مع المجتمع وجعله مدركاً للقيم والحاجيات الاجتماعية. ولذلك فإن التعرف على شخصية

١- Merle et Vitu;op.cit.p.169

٢- مارك إنسل " الدفاع الإجتماعي " ترجمة الدكتور حسن علام ط١٩٩١ ص١١١ وما بعدها.

المجرم الحقيقية هو أمر لازم لاختيار الجزاء الجنائي الملائم لضمان إصلاحه وتجاوبه مع المجتمع. وبناء على ذلك يتميز النظام الإجرائي للدفاع الاجتماعي بالخصائص التالية:

أ) تهدف الخصومة الجنائية بجميع مراحلها إلى معرفة حقيقة المجرم الذي ارتكب الجريمة. وهذه الحقيقة لا تقف عند مجرد ماديات الجريمة ؛ بل إنها تتكون من عنصرين أولهما مادي يتعلق بصميم الواقعة الإجرامية ، وثانيهما شخصي يتصل بشخص المتهم.

ب) يقتضي الاهتمام بشخصية المجرم إحداث بعض التعديلات على الهيكل التقليدي للخصومة كما في النظم السابقة ، وذلك عن طريق تقسيم المحاكمة الجنائية إلى مرحلتين ، الأولى للفصل في ماديات الواقعة المنسوبة إلى المتهم ، والثانية لاختيار الجزاء الجنائي الملائم لشخصيته.

ج) كذلك يهدف هذا النظام إلى توفير ضمانات إجرائية حقيقية للمتهم. لأن حماية المجتمع وفقاً لهذا لا تتحقق إلا من خلال حماية الحقوق الأساسية للمتهم.

د) يهتم هذا النظام أيضاً بمرحلة التنفيذ العقابي فيخضع لذات المبادئ الجديدة للدفاع الاجتماعي وهي فحص شخصية المتهم لتحديد أسلوب التنفيذ لإصلاحه ؛ لذلك ينادي هذا النظام بالإشراف القضائي على التنفيذ لضمان تحقيق الغاية التي استهدفها القاضي من الحكم بالعقوبة وكفالة احترام شخصيته الإنسانية.[1]

١١- التقارب بين الأنظمة الإجرائية:

بعد أن استعرضنا النظم القانونية المختلفة للسياسة الإجرائية الجنائية وبينا مزايا وعيوب كل نظام على حده. لزم أن ننوه أن إلى الأنظمة التشريعية

١- أ.د أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٣٥ وما بعدها

للإجراءات الجنائية في الدول المختلفة لم تقتصر على نظام بعينه ، بل سعت كل منها للأخذ بمزايا كل نظام بما يتوافق مع ظروفها ، ويحقق لها أفضل نظام إجرائي معاصر يعبر عن العدالة بما تتطلبه من مراعاة لحقوق أطراف الخصومة الجنائية في ظل نظام قضائي معاصر قائم على المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان والمتطلبات العملية للواقع الحالي بما فيه من نمو مطرد لعدد المنازعات القضائية ونقص عدد القضاة بالمقارنة للعدد المتزايد من القضايا المعروضة عليهم. فحدث نوع من التقارب بين الأنظمة الإجرائية بحيث تداخلت في التشريعات المقارنة ، ولم يعد هناك معيار محدد لقياس التشريع الإجرائي الجنائي لكل دولة ، وما إن كان قد أعتنق النظام الاتهامي بأكمله أو أدخل ضمن دعائمه النظام التنقيبي أو المختلط أو جمع كل هذه الأنظمة في نظام واحد.[1]

فعلى سبيل المثال فإن الدول التي تأخذ بالنظام الأنجلوسكسوني كالولايات المتحدة وإنجلترا ، كانت تقيم دعائم نظامها الإجرائي على سند من النظام الاتهامي في القرن التاسع عشر ، على اعتبار أن هذا النظام لم يكن يفرق بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية نتيجة وحدة القضاء ، وباعتبار أن توقيع العقوبة على المتهم حق للمجني عليه مقابل ما وقع عليه من عدوان. ولكن السمة السلبية التي ظهرت على القاضي أثناء فصله في الدعوى الجنائية واقتصار دوره في الفصل في هذه الدعوى على ما يقدم إليه من أطراف الخصومة من أدلة وبراهين ، جعل هذه البلاد تهجر هذا النظام على إطلاقه ؛

١- أ.د عبد العظيم مرسي وزير " التقارب بين الأنظمة الإجرائية بين التنوع والتقارب " مقالة داخل أعمال المؤتمر الدولى للعلوم الجنائية بسيراكوزا بإيطاليا بمناسبة مرور ٢٥ عاماً على إنشاء المعهد ص٥٠٧
Les systémes comparés de justice pénale: De la diversité au rapprochement: Actes de la conference internationale à'l'occasion du 25 éme anniversaire de l'Institut Supérieur Internationl.De Sciénces Criminelles Syracuse (Italic) 16-20 Décember 1997.

وتحدث به بعض التطوير ، فتأخذ ببعض سمات النظام التنقيبي ، كسرية المحاكمة وتدوين الأدلة وطريقة بدء الإجراءات في النظام المشار إليه مما جعل بعض الفقهاء ينتهون إلى أن الدول الأنجلوسكسونية تأخذ بنظام خليط ، قد يكون شبه اتهامي أو شبه تنقيبي[1].

فضلاً عن أخذ هذه البلاد وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية بالنظام الإجرائي الذي يحقق أهداف فكرة الدفاع الاجتماعي من حيث تدابير الأمان والسياسة الجنائية فقسمت الدعوى الجنائية إلى مرحلتين (الإدانة - وتوقيع العقوبة) واتخذت معالجات غير عقابية وإجراءات في الدعوى يمكن أن تعطي للجانح فرصة جديدة دون أن يتم النطق بعقوبة مبدئية ، كما في نظام وقف التنفيذ. وطبق نظام الاختبار القضائي بالدرجة التي جعلت من هذه الملامح في النظام الأنجلوسكسوني ما يعطي انطباعاً للباحث أن هذه الأنظمة تتوافق تماماً مع روح الدفاع الاجتماعي الجديد.[2]

وكذلك الأمر في التشريعات المعاصرة لكل من فرنسا ومصر ، فالتقارب بين الأنظمة والتداخل واضح. ويقوم التشريع الإجرائي في كل منها على التمييز بين مرحلتين للدعوى الجنائية. مرحلة الاتهام والتحقيق الابتدائي ، ومرحلة المحاكمة ؛ فالمرحلة الأولى يغلب فيها النظام التنقيبي والمرحلة الثانية يغلب فيها النظام الاتهامي.[3]

فالاتهام تتولاه النيابة العامة والتحقيق الابتدائي يتولاه قاض متخصص أو النيابة العامة ويحكم هذه المرحلة سرية التدوين ؛ إذ ليس لجمهور الناس الحق في الحضور أثناء إجراء التحقيق. ولكن في هذه المرحلة عناصر مقتبسة من

١- روبرت أ. كارب وروناند ستيدهام "الإجراءات القضائية في أمريكا" الطبعة الإنجليزية الثانية. ترجمة د. علا أبو زيد ط ١٩٩٧ الجمعية المصرية للمعرفة ونشر الثقافة العالمية ص٣٠، ٣١ وما بعدها، د. محيي الدين عوض " قانون الإجراءات الجنائية السوداني معلقاً عليه " ط. ١٩٨٠ ص٢٠ وما بعدها.
٢- مارك إنسل " المرجع السابق " ترجمة الدكتور حسن علام ص١٤٦ وما بعدها.
٣- أ.د نجيب حسني " المرجع السابق " ص ٤٦ وما بعدها.

النظام الاتهامي ؛ فالمضرور من الجريمة له أن يشارك النيابة في تحريك الدعوى الجنائية. أما في مرحلة المحاكمة فيغلب فيها طابع النظام الاتهامي فهي علنية ، ويجب أن يحضر المتهم جميع إجراءاتها ولا يجوز استبعاده من جلسات المحاكمة إلا على سبيل الاستثناء ، لبحث الأدلة الاقناعية ولكن مرحلة المحاكمة تميزت كذلك بعناصر مستمدة من النظام التنقيبي. فالقاضي موظف عام يفرض وفقاً للقانون على طرفي الدعوى وهو رجل قانون يحترف العمل القضائي ، وإن كان القانون الفرنسي قد احتفظ للقضاء الشعبي بدور محدود في صورة " المحلفين " الذين يشتركون في تشكيل محاكم الجنايات ، وللقاضي دور إيجابي في الدعوى الجنائية.

ويعترف الشارع في نطاق ضيق جداً بالأدلة القانونية ، والأصل في جميع الأحكام الجنائية جواز الطعن فيها. كما طبق القانون الفرنسي من المبادئ ما يتفق مع روح فكرة الدفاع الاجتماعي حينما نص في المادة ٦/٨١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على وجوب أن يقوم قاضي التحقيق في الجنايات ببحث حول شخصية المتهم ووضعه المادي والعائلي أو الاجتماعي ، والترخيص له بذلك في الجنح. وأجازت الفقرة السابقة من المادة ٨١ فحص شخصية المتهم من الناحيتين الطبية والنفسية[١].

كما سار المشرع المصري على ذات النهج حينما أصدر القانون ١٢ لسنة ١٩٩٦ الخاص بالطفل فأوجب في المادة ١٢٧ أن تستمع المحكمة قبل الفصل في أمر الحدث إلى أقوال المراقب الاجتماعي ، بعد تقديمه تقريراً اجتماعياً يوضح العوامل التي دفعت الحدث للانحراف أو التعرض له ومقترحات إصلاحه وأجاز للمحكمة الاستعانة بأهل الخبرة.[٢]

١- Merle et Vitu op.cit p.161

٢- حلت هذه المادة محل المادة ٣٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث ,الذى ألغى بصدور قانون الطفل المشار إليه.

أما في إيطاليا فقد اتجه المشرع الإيطالي في قانون الإجراءات الجنائية الجديد الصادر عام ١٩٨٧ إلى تبسيط الإجراءات وإزالة كل نشاط إجرائي لا فائدة منه بهدف تحقيق السرعة المتطلبة في الدعوى الجنائية ، وانصب الاختيار بصورة أساسية على تطبيق نظام إجرائي للدعوى يتسم " بالنظام الاتهامي " مع توفير المساواة بين المتهم والادعاء بالنسبة للخصومة واستخدام الشفوية بين كل حالة أو درجة كانت عليها الدعوى ؛ وذلك هو الانقلاب الإجرائي الحقيقي ، ذلك أنه من المعروف أن تقنين الإجراءات الإيطالي عام ١٩٣١ كان يعتنق نظام التنقيب والتحري باعتباره نتاجاً لنظام تسلطي سياسي جعل تبعية النيابة العامة للحكومة ومارس تأثيراً حزبياً على القضاة. ثم تأثر المشرع بعد ذلك بالنظم الإجرائية الأنجلوسكسونية حين أدخل نظامين أساسيين هما:

أولاً: المحاكمة الإيجازية بناء على طلب الأطراف.

ثانياً: تطبيق العقوبة بناء على طلب الأطراف.[1]

وقد انعكس ذلك على أشخاص الدعوى الجنائية في القانون الجديد. ويمكن إيجاز أهم سمات التشريع الإجرائي الإيطالي الجديد بالصفات التالية:

١- تغليب صفات النظام الاتهامي ، وبرزت النيابة العامة باعتبارها طرفاً في الدعوى ، حيث مساهمة الادعاء والدفاع على قدم المساواة في كل مرحلة من مراحل الدعوى.

٢- لم تؤد المساواة بين أطراف الخصومة الجنائية إلى المساس بمركز النيابة التنظيمي ؛ نظراً لأن دورها كطرف عام لا يسمح بالتطابق بين المواقف في الدفاع ، فالنيابة كطرف في الخصومة الجنائية تتمتع بصلاحيات عديدة في مواجهة المتهم باعتبارها نائبة عن المجتمع ، وهو ما يخل بالتوازن المفروض بين

١- د. عبد الفتاح الصيفي، د. محمد إبراهيم زيد " شرح قانون الإجراءات الإيطالي الجديد " ط١٩٩٠ دار النهضة العربية ص١٤ وما بعدها.

أطراف الخصومة ؛ مما يدفع المشرع إلى زيادة الضمانات المقررة للمتهم في مواجهتها ، ومنها إلقاء عبء إثبات الدفوع المبداه من المتهم على عاتق النيابة.
٣- أدخلت مفاهيم وأبعاد جديدة في التشريع الإجرائي الإيطالي تنتمي إلى التشريعات الإنجلوسكسونية لم تكن معروفة من قبل ، كاختفاء التحقيق الابتدائي وإحلال نظم جديدة كالاستجواب في المحكمة والمساواة بين أطراف الخصومة الجنائية وتوقيع العقوبة بناء على طلب الأطراف وتساند الأدلة والعقوبات والتدابير البديلة لها.[١]

١٢- الدعوى الجنائية:

قدمنا أن أهم ثمرات " النظام التنقيبي " هو اتساقه مع الفهم الصحيح للجريمة بأنها عدوان على المجتمع والفهم الصحيح للعقوبة بأنها توقع لمصلحة المجتمع. فهذا النظام يرتبط بسلطة الدولة في العقاب وسلطتها في الادعاء. ووسيلته في ذلك هي " الدعوى الجنائية " ، فالدولة بما تملكه من حق موضوعي في عقاب الجاني تملك حقاً إجرائياً في مطالبة القضاء بإقرار هذا الحق في مواجهة من تتهمه بارتكاب الجريمة. وبدون هذا الحق الإجرائي لا يمكن للدولة إقرار سلطتها في العقاب. ولقد أثار دور الدولة فيما يتعلق بدورها في العقاب جدلاً كبيراً - لا يتسع المقام لعرضه - إذ تردد الفقه في وصفه بأنه حق أو سلطة، ويرى جانب من الفقه[٢] أن الأفضل هو وصف دور الدولة بأنه " سلطة " ذلك أن السلطة ملازمة للوظيفة عامة كانت أو خاصة. فالذي يمارس حقا يعمل من أجل إشباع حاجة خاصة به ؛ أما من يمارس السلطة فيعمل من أجل تحقيق مصلحة عامة وليست خاصة به وعلى ذلك فالتزام المخاطب بالقاعدة القانونية يقابله سلطة الدولة في تحقيق مضمونها. فبانتهاك

١- د. عبد الفتاح الصيفي، د. محمد إبراهيم زيد. المرجع السابق ص٥٢ وما بعدها.
٢- أ.د. عبد العظيم وزير " دور القضاء في تنفيذ الجزاءات " رسالة دكتوراه ١٩٧٨جامعة المنصورة ص٧٥ وما بعدها.

القاعدة القانونية تنشأ سلطة الدولة في إمكانية عقاب من ينتهكها ووسيلتها في ذلك تحريك الدعوى الجنائية. وهو ما ينشئ على عاتق المواطنين جميعاً التزاماً مضمونه الامتناع عن الاعتداء على المصالح التي تحميها هذه القاعدة.

والقاعدة فى القانون الجنائى هى انه لا عقوبة بغير دعوى جنائية[1] فلابد من رفع هذه الدعوى أمام القضاء للوصول إلى معاقبة الجانى ، ولذلك يمكن القول بأن الحق فى الدعوى الجنائية أمر ضرورى ولازم لسلطة الدولة فى العقاب ، وعلى ذلك يمكن تعريف الدعوى الجنائية بأنها "سلطة توجيه طلب إلى القضاء له أثره القانونى نحو اتخاذ الإجراءات المقررة لتوقيع الجزاء الجنائى". وهى فى هذه الحدود صورة من الدعوى بأوضاعها العامة فى القوانين المنظمة للتقاضى وتستعمل عن طريق الطلب ، والدفع ، والطعن.[2]

١٣- أطراف الدعوى الجنائية:

وللدعوى الجنائية طرفان: المدعى (النيابة العامة) ، والمدعى عليه (المتهم) ، ويعتبر كل طرف منهما خصما للآخر. و من ثم يمكن القول بأن خصما الدعوى الجنائية هما النيابة العامة والمتهم. والنيابة فى هذه الحالة تعتبر خصما إجرائيا[3] بمعنى أنها لا تهدف إلى تحقيق مصلحة شخصية ؛ وإنما

١- أ.د./ احمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، ط ١٩٨٠ دار النهضة العربية ص ١٤٩ بند ٧٤.

٢- المستشار الدكتور حسن علام قانون الإجراءات الجنائية معلقا على نصوصه ط ١٩٩١، نادى القضاة ص ٢٣، أ.د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية ط ١٩٧٤ مكتبة سيد وهبة ص ٣٨ و ط١٥ عام ١٩٨٣ دار الفكر العربى ص ٤٥.

٣- أ.د. فتحى سرور: الوسيط فى قانون الإجراءات القانوينة المرجع السابق بند ٧٨ ص ١٥٤، وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن الدعوى الجنائية ليست ملكا للنيابة العامة بل هى من حق الهيئة الاجتماعية، وليست النيابة العامة إلا وكيلة عنها فى استعمالها، وليس لها من حق أمام القضاء إذا قدمتها سوى ابداء طلباتها فيها، إن شاء أخذ بها وإن شاء رفضها، ولا يقبل الاحتجاج عليها لقولها الصريح أو الضمنى لأى أمر من الأمور الخاصة باستعمال الدعوى الجنائية. فلها أن تطعن فى الأحكام ولو كانت صادرة طبقا لطلباتها". (نقض جنائى جلسة ٢مارس١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض الجنائى س١٥ ص١٥٩).

تسعى إلى تطبيق القانون على وجهه السليم. وتنقسم الدعوى الجنائية إلى ثلاث مراحل[1] الأولى هى مرحلة التحريك ، والثانية هى مرحلة الرفع ، والثالثة هى مرحلة المباشرة أمام القضاء.

والسائد أن النيابة العامة وأن كانت الجهة المختصة أصلاً بتحريك الدعوى الجنائية إلا أن قانون الإجراءات الجنائية قد أشرك معها - في حالات محدودة - جهات أخرى في هذا التحريك. من ذلك أن محكمة الجنايات ومحكمة النقض تملك كلتاهما هذا الحق طبقاً للمواد "١١٠" إجراءات جنائية وما بعدها من القانون. كذلك أعطى القانون هذا الحق لمن أصابه ضرر من الجريمة، وذلك بتكليف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة مادة "١٢٢" من ذات القانون. كما كان لمستشار الإحالة طبقاً للمادة "١٧٩" قبل إلغاء هذا النظام بالقانون ١٧٠ لسنة ١٩٨١ أن يحيل المتهم إلى المحكمة المختصة عن وقائع جديدة غير واردة بتكليف المعلن إليه بالحضور. ولجميع المحاكم هذا الحق في تحريك الدعوى الجنائية أو رفعها والفصل فيها فوراً. في جرائم الجلسات طبقاً لنصوص القانون.

١٤- الاختصاص بمباشرة الدعوى الجنائية:

أما الاختصاص بمباشرة الدعوى بعد الطلب الذي تتحرك به أمام سلطة التحقيق أو سلطة الحكم ، فلا يشارك النيابة العامة فيه غيرها فتكون هي الخصم المدعي وتواجه المتهم كخصم مدعي عليه ، ولها وحدها الصفة في الطعن في الحكم الذي يصدر في الخصومة الجنائية. ويلاحظ في هذا الشأن

١- ويرى أ.د. فتحى سرور فى مرجعه السابق ص١٤٤ أنه يجب عدم الخلط بين الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية، فالأولى هى الطلب الموجه من الدولة (النيابة العامة) إلى القضاء لاقرار حقها فى العقاب عن طريق إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى متهم معين أما الخصومة فتشمل هذا الطلب وكافة الإجراءات الجنائية التالية له حتى تنقضى بحكم بات أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء. فتحريك الدعوى الجنائية هو العمل الافتتاحى للخصومة والأداة المحركة لها. أما الخصومة فإنها تتكون من كافة الإجراءات التى تبدأ من تحريك الدعوى الجنائية وتنتهى بصدور حكم بات فيها.

أن طلب المدعي بالحق المدني - الذي تتحرك به الدعوى الجنائية - لا يؤدي إلى انعقاد الخصومة الجنائية بين صاحب الطلب والمدعي عليه. وإنما تنعقد بينهما الخصومة المدنية في دعوى التعويض عن الضرر الناشئ عن الجريمة ، وتنعقد بذات الطلب الخصومة الجنائية بين النيابة العامة وبين المتهم ، وتكون النيابة العامة بعد ذلك هى صاحبة الصفه فى مباشرة الدعوى الجنائية بعد تحريكها .[1]

وإذا كان الأصل أن تقام الدعوى المدنية أمام القضاء المدنى فإن الشارع يجيز للمدعى المدنى أن يقيم دعواه المدنية امام القضاء الجنائى فتكون تابعة للدعوى الجنائية تدور فى فلكها ويخضعان معاً لقواعد إجرائية مشتركة " مادة ٢٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية " وفى ذلك ما يدل على أن نظام الادعاء المباشر مستقى أساساً من النظام الاتهامى على النحو السالف بيانه .

١- الدكتور حسن علام " قانون الاجراءات الجنائية معلقاً على نصوصه" المرجع السابق ص ٢٤ وما بعدها .

الفرع الثالث

أوجه الشبه والخلاف بين الدعوى والدفع

عرضنا فيما سبق لمعنى الدعوى بصفة عامة والدعوى الجنائية بصفة خاصة. كما سبق وأن عرضنا للتعريف الذي قالت به محكمة النقض للدفع ، " بأنه دعوى من قبل المدعي عليه يقصد به دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي بمعنى أن المدعي عليه يصير مدعياً إذا أتى بدفع ويعود المدعي الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع". وسوف نتعرض فى هذا الفرع لأوجه الشبه والاختلاف بين الدعوى والدفع على النحو التالي:

١٥- أوجه الشبه بين الدعوى والدفع:

مما تقدم يبدو الارتباط الوثيق بين الدعوى والدفع متمثلاً في النقاط التالية:

أ) أن الدفع كوسيلة للدفاع من جانب المدعي عليه يقابل حق المدعي في الالتجاء إلى القضاء وينشأ نتيجة لاستعماله. والدعوى والدفع في مجال الخصومة الجنائية - صنوان متلازمان - فحيث ترتكب جريمة ينشأ حق الدولة فى العقاب تباشرها عن طريق سلطتها في الادعاء "النيابة العامة" وينشأ نتيجة لذلك حق المدعي عليه "المتهم" في الدفاع وذلك بممارسة حقه الطبيعي في إبداء الطلبات والدفوع. فالدعوى الجنائية التي تباشرها النيابة العامة كالدفع الذي يدفع به المتهم يصدق على كليهما تعريف "الوسيلة القانونية التي يطلب بها الشخص من القضاء الحصول على تقرير حق له أو حمايته". والدفوع على هذا النحو يصدق عليها ما سبق بيانه عن الدعوى الجنائية. وأهم ما يميز هذه الدفوع أنها باعتبارها أهم ضمانة من ضمانات المتهم تعتبر "وليدة وثمرة للنظام الاتهامي"[1] كأحد الأنظمة التشريعية

١- د. توفيق الشاوى: فقه الإجراءات الجنائية المرجع السابق الإشارة إليه ص١٣ .

للإجراءات الجنائية ، والتي تمكن المتهم كمدعي عليه في الخصومة من المشاركة في جميع مراحل الإجراءات الجنائية. وهذه المشاركة تتيح له كما سبق القول الحق في أن يدفع عن نفسه الاتهام بسائر أنواع الدفوع فيثبت براءته أو يحدد النطاق الحقيقي لمسئوليته.

ب) يسيطر على كل من الدعوى والدفع فكرة المصلحة ، إذ أن المصلحة هي قوام الدعوى وركنها الأول والأساسي. ولذلك قيل إن المصلحة هي مناط الدعوى ؛ وأنه حيث تنعدم المصلحة تنعدم الدعوى[1]

[2](L'entêret est la mesure de l'action., pas d'entérêt,Pas d'action)

فمن المقرر في القانون الحديث أنه توجد دعوى كلما كانت هناك مصلحة قانونية تحتاج إلى الحماية بواسطة القضاء ، واعتبار مصلحة ما مصلحة قانونية ، أي مصلحة يعترف بها القانون ويحميها أمر لا يلزم أن يستدل عليه من نص قانوني محدد بل يمكن أن يستخلص من التنظيم القانوني في مجموعه.[3] ومن ناحية أخرى فإن مضمون الحماية التي يمنحها القضاء تقاس بمدى حاجة المصلحة المحمية لرد الاعتداء دون حاجة لنص قانوني صريح. ويمكن القول إنه يشترط لنشوء المصلحة في الحصول على الحماية القضائية عن طريق الدعوى وجود حق أو مركز قانوني ؛ فمادامت الدعوى وسيلة لحماية الحق أو المركز القانوني فإنها تفترض لوجودها سبق وجود حق أو مركز يحميه القانون. فحيث لا حق لا دعوى. وفضلاً عن هذا فالمصلحة تفترض أيضاً وقوع اعتداء على الحق أو المركز القانوني مما يوجب تدخل القضاء لحمايته.

١- د. عبد الباسط جميعي " مبادئ المرافعات "المرجع السابق ص١٩٥ وما بعدها.

٢- Soles et Perrot Droit-judiciaire Privé.1 1961 n.223 p.198-Morel (René) Traite élémentaire de procédure civile, Paris 1949 n.27 p.30-31-

د. رمزي سيف " المرجع السابق بند ١٠٢ ص١٣٨ .

٣- د. فتحي والي " الوسيط في قانون القضاء المدني " المرجع السابق ص٦٩ وما بعدها.

وأخيراً تشترط المصلحة الصفة. ويقصد بالصفة كشرط في الدعوى أن تنتسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق في الدعوى وسلباً لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته[1] وإذا كانت الصفة هي تمييز للجانب الشخصي للحق في الدعوى ، إلا أنه يجب عدم الخلط بين الصفة في الدعوى وبين التمثيل القانوني. وللتفرقة بين الأمرين أهمية بالغة ، إذ الصفة في الدعوى تتعلق بالحق في الدعوى ، أما التمثيل القانوني أو الصفة الإجرائية فإنه يتعلق بإجراءات الخصومة ، ولهذا فإن صحة التمثيل القانوني ليست من شروط المصلحة في الدعوى وإنما شرط لصحة العمل الإجرائي.

وإذا كانت هذه هي شروط المصلحة في الدعوى ؛ إلا أن المشرع في المادة "٣" من قانون المرافعات يضع شروطاً أخرى ، ويرى أنه بغير هذه الشروط لا تكفي المصلحة. فيقول إنه يشترط في المصلحة أن تكون قانونية وأن تكون شخصية ، ويفسر الفقه المصلحة القانونية بأنها "تكون كذلك إذا كانت الدعوى مستنده إلى حق" ، ويفسر المصلحة الشخصية بأن "تكون لصاحب الحق" ، وأخيراً يرى أن المصلحة يجب أن تكون قائمة وحالة. فلا تكفي المصلحة المحتملة إلا استثناء[2] كما هو الحال بالنسبة لدعوى "وقف الأعمال الجديدة" والأمر في الواقع بالنسبة لهذه الدعوى يتعلق بدعوى حالة أي بمصلحة حالة في الحماية القضائية. و تنشأ الدعوى لمواجهة اعتداء محتمل. فالاستثناءات التي يذكرها الفقه والقضاء لا ترد في الواقع على وصف الحلول في المصلحة في الدعوى ، وإنما على وصف الحلول في الاعتداء الذي يولد المصلحة.

وينعكس ما سلف الإشارة إليه بشأن المصلحة في الدعوى بصفة عامة على الدعوى الجنائية فللنيابة العامة السلطة في تحريك الدعوى ومباشرتها لحماية مصلحة المجتمع حيث ينص القانون على تخويلها هذه الصفة في قانون

١- د. فتحي والي المرجع السابق ص٧٢ بند ٣٥ .

٢- د. فتحي والي المرجع السابق ص٧٩ وما بعدها بند ٣٧ - د. محمد عبد الخالق عمر "النظام القضائي المدني" رسالة دكتوراه عام ١٩٧٦ ص١٠٧ بند ٢١٥، ص١١٠ بند ٢٢٠ .

الإجراءات وفي قانون المرافعات أيضاً (المادة ٨٧ منه) .

ومن المسلم به أن المصلحة كما هي أساس الدعوى فإنها أيضاً أساس الدفع ، فإذا كانت مصلحة المدعي عليه "المتهم" في الدفع منعدمة فلا يقبل منه إبداؤه. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد نقل عن والد المجني عليه قوله بأن الطاعنين اعترفا له مساء يوم الحادث بعد أن اكتشفا غياب ابنه بأن المتهم الأول "نقله بعيداً أو أنهما سيعملان على إعادته" فإن ما أورده الحكم في هذا الصدد - وعلى افتراض أنه أخطأ في الإسناد - ينصرف إلى الأدلة قبل المتهم الأول دون الطاعنين ، ومن ثم فلا يقبل منهما النعي بشيء في هذا الخصوص لانتفاء مصلحتهما فيه".[١]

ويعد انتفاء المصلحة في الدفع القانوني أو الموضوعي من النظام العام ؛ لأن توافر المصلحة متصل بوظيفة القضاء ودوره في الحياة الاجتماعية التي تأبى أن يشغل وقت القضاء بما لا طائل من ورائه ولا صالح فيه ، فهو مقرر حماية لصالح عام لا لصالح شخص معين.

ويترتب على ذلك بالضرورة أن يكون لمحكمة الموضوع أن ترفض تحقيق أي دفع أو دفاع لا مصلحة لأحد من ورائه ، ولا أثر له في استظهار وجه الحق في الدعوى ، إذا ما صدر من أحد الخصوم دون أن يتوقف ذلك على طلب برفض تحقيقه يقدم من الخصم الآخر.[٢]

ج) يتبقى في النهاية أهم وجه من وجوه الارتباط بين الدعوى والدفع وهو أنهما يحكمهما معاً مبدأ "قاضي الدعوى هو قاضي الدفع" ، وهذا المبدأ غير

١- نقض جنائي جلسة ٣ نوفمبر ١٩٩٤ س ٤٥ ق١٤٦ ص٩٤٧، نقض جنائي جلسة ٢٣ أبريل ١٩٧٨ س٢٩ ص٣٩٩، نقض جنائي جلسة ١ أبريل ١٩٥٦ س٧ ق١٥٨ ص٥٤٢، نقض جنائي جلسة ١٩ يونيو ١٩٦١ س١٢ ص٧٩ وفي هذا المعنى أيضا انظر د. رءوف عبيد "المشكلات العملية في قانون الإجراءات ص٥١٤ حيث تنتفي المصلحة في الدعوى وفي الدفع وفي الطعن ينتفي إمكان التحدي بأي منهما لأن المصلحة مناطها جميعا وينبغي فيها دائما أن تكون شخصية وجدية ومباشرة.

٢- الأستاذ الدكتور رؤوف عبيد " المشكلات العملية في قانون الإجراءات الجنائية " ص٥١٥ .

مقصور على القضاء الجنائي وحده ؛ بل هو مبدأ إجرائي يمتد إلى فروع القانون الأخرى. ويقوم على اعتبارات عملية أهمها فعالية الحكم الجنائي وتحقيق العدالة الجنائية أثناء سير الدعوى ونظر الدفع. ونصت عليه المادة ٢٢١ من قانون الإجراءات الجنائية التي قررت اختصاص المحكمة الجنائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها[١] ، ولنا عودة للحديث عن هذا المبدأ حين التحدث عن الطبيعة الإجرائية للدفوع.

١٦- اوجه الاختلاف بين الدعوى والدفع:

وإذا كان بين الدعوى والدفع في الخصومة الجنائية أوجه شبه فهناك فروق عديدة بينهما:

أ) من حيث المنشأ: فبينما الدفوع تعتبر وليدة للنظام الاتهامي بما يكفله للمتهم من ضمانات. فإن الدعوى الجنائية هي ثمرة النظام التنقيبي الذي يرتبط بظهور الدولة كسلطة قوية تحرص على فرض النظام في المجتمع عن طريق أخص وظائفها الفنية وهي " توجيه الاتهام"[٢] ويكون ذلك عن طريق سلطتها في الادعاء "النيابة العامة" بالوسيلة المشار إليها وهي الدعوى الجنائية.

ب) من حيث الحق الذي تكفله كل وسيلة من هاتين الوسيلتين: فبينما الدعوى الجنائية تسعى إلى إثبات الحق " الاتهام " حيال المدعي عليه "المتهم" فإن الدفع هو وسيلة المدعي عليه "المتهم" في نفي الاتهام عن نفسه وإثبات براءته.

١- الأستاذ الدكتور عبد العظيم مرسي وزير " الشروط المفترضة في الجريمة. " دراسة تحليلية تأصيلية " ط١٩٨٣ دار النهضة العربية ص٣١٦ بند ١٢٥ .
٢- الأستاذ الدكتور نجيب حسني: الإجراءات المرجع السابق الإشارة إليه ص٤١ .

ج) من حيث الحق في التمسك بها: الدفوع وسيلة قانونية يمكن أن يتمسك بها كل من المدعي عليه "المتهم" أو المدعي "النيابة" أو أي من أطراف الخصومة الجنائية الآخرين "المدعي بالحق المدني - والمسئول عن الحقوق المدنية" على حد سواء إلا أنه إذا كان للمتهم أن يتمسك بكافة أنواع الدفوع التي تمكنه من نفي الاتهام عن نفسه ؛ فإن أنواعاً معينة من الدفوع هي التي يجوز لباقي أطراف الخصومة الجنائية أن يتمسكوا بها ، كالدفوع التي يتمسك بها المدعي بالحق المدني مثلاً والتي تكون مقصورة على دعواه المدنية فقط ، على ما سترد الإشارة إليه في موضعه من هذا البحث.

المطلب الثاني
التفرقة بين الدفع والطلب

١٧- تمهيد:

تكون مباشرة الدعوى أمام القضاء المدني بطريقين هما "الطلبات والدفوع" .

الطلب - كما ورد في قانون المرافعات - يقصد به الإجراء الذي يتقدم به الشخص إلى القضاء طالباً الحكم له بما يدعيه[1] ، ويشترط أن تتوافر فيه المصلحة ؛ شأنه في ذلك شأن الدفع. ولا يجوز للمدعي أن يبدي في الدعوى أي طلب موضوعي سواء بالتعديل أو الزيادة إلا بعد استيفاء الشكل ، كإعلان الدعوى لجميع الخصوم. فإذا خالف ذلك ولم يعد إبدائه بعد أن استوفت الدعوى شكلها ؛ فإنه يمتنع على المحكمة أن تتعرض له - إذا استقامت الدعوى بعد ذلك - إذ تعتبر الطلبات المبداه قبل استقامتها غير قائمة ، وسوف يتضح لنا بعد ذلك أن الطلبات في نطاق الإجراءات الجنائية ما هي إلا نوع من الدفوع الموضوعية للمبررات المبينة برأينا في موضعه من البحث. ولقد ذهب اتجاه في الفقه[2] إلى أن الدعوى هي ذاتها الطلب ، وقد نادى جانب من الفقه الفرنسي بهذا الاتجاه حيث اعتبر الدعوى والطلب شيئاً واحداً وأنه لا فائدة من التمييز بينهما وانتقد الذي يقيم هذه التفرقة[3] كما أيد جانب من

١- المستشار عز الدين الديناصوري " التعليق على قانون المرافعات " ط. سابعة عام ١٩٩٢ نادى القضاة ص٥١٢ .

٢- الدكتور أحمد مسلم " أصول المرافعات " ط. ١٩٧٨ دار النهضة العربية بند ٣٢٩ ص ٣٧٣ .

٣- الفقيه ديجى "القانون الدستوري ج.٢ص٤٥٧. مشار إليه بمرجع الدكتور عزمي عبد الفتاح " نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى " المرجع السابق ص١٢٤ .

الفقه الإيطالي هذا الاتجاه الذي لم يفرق بين الدفع والطلب حيث اعتبر الدعوى هي حماية المصالح المعترف بها[1] وقد ظهر الخلط بين الدعوى والطلب في بعض نصوص قانون المرافعات الملغى[2] ونجده أيضاً في القانون المدني الفرنسي[3]. ولعل أبرز آثار هذا الخلط حينما يقال إن الدعوى غير مقبولة ، بينما الصحيح أن الطلب هو الذي لا يكون مقبولاً ، لأن الدعوى إما أن توجد أو لا توجد ، ولا يتصور أن تكون هذه "السلطة " مقبولة أو غير مقبولة[4]. وبعد هذه التفرقة الاصطلاحية يلزم أن نبحث في معنى الطلب في كل من قانون المرافعات وقانون الإجراءات الجنائية.

١٨- معنى الطلب في قانون المرافعات:

تنقسم الطلبات في قانون المرافعات إلى نوعين:[5]

أولاً: طلبات أصيلة أو مفتتحة للخصومة:

وهي الطلبات التي تنشأ عنها قضية لم تكن موجودة قبل إبدائها ، وهي أول ما يتخذ في الخصومة من إجراءات.

ثانياً: طلبات عارضة:

وهي تبدى في أثناء خصومة قائمة ، فالطلب العارض يقتضي وجود خصومة قائمة نشأت عن إبداء طلب اصلي قبل إبدائه بحيث يبدى أثنائها طلب آخر يغير من نطاق هذه الخصومة ، والأصل أن يتحدد نطاق الخصومة

١- "ساتا" قانون المرافعات بند ٧٢ ص ١٠١ مشار إليه برسالة د. محمد عبد الخالق عمر "النظام القضائي المدني " عام ١٩٧٦ بند ١٦٦ ص ٧٨ .

٢- المواد ٢٣، ٤٢٦، ٤٧٠ .

٣- الهامش Solus et Perrot Droit -Judiciaire prive t.1 1961 p.109

وأنظر المواد ٤٦٤، ٤٨٢، ١٤٨٢ مدني فرنسي.

٤- د. عزمي عبد الفتاح. نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء ص ١٢٥ .

٥- المستشار / عز الدين الديناصوري. المرجع السابق الإشارة إليه ص ٥١٣ .

بالطلب الأصلي ، ومع التسليم بهذا المبدأ ينبغي ألا يحرم المدعي من فرصة تصحيح طلباته بما يتفق مع مستنداته ووسائل إثباته وتعديلها بما يتفق وما أسفر عنه التحقيق ، أو مع ما آلت إليه العلاقة القانونية التي تستند إليها الدعوى كما ينبغي إلا يحمل المدعي عليه على التزام موقف الدفاع في كل الأحوال ، فقد يعرضه ذلك لضرر يلحقه أو منفعة تفوت عليه. ففي إتاحة الفرصة له بإبداء طلبات عارضة قبل المدعي قصد في الوقت والنفقات واحتياط من تضارب الأحكام ومن إعسار المدعى.[1] لذلك أجاز المشرع أن تبدى أثناء نظر خصومة قائمة طلبات عارضة تتناول بالتغيير أو بالزيادة أو بالنقص أو بالإضافة ذات الخصومة القائمة من جهة موضوعها أو سببها أو أطرافها. ولما كان في عرض هذه الطلبات على المحكمة تعطيل لمهمتها التي هي مقصورة في الأصل على الفصل في الطلب الأصلي وحده ، فقد أشترط الشارع لقبولها أن تكون متصلة ومرتبطة بالطلب الأصلي. وليس هناك ما يمنع من إبداء الطلب العارض بمذكرة بشرط أن يثبت إطلاع الخصم الآخر عليهما مع مراعاة ميعاد التكليف بالحضور عند إعلان الخصم به. أما إذا كان قد تم شفاهة بالجلسة ، وطلب الخصم مهلة للرد على الطلب العارض فقد وجب تأجيل الدعوى لجلسة تحدد بعد فوات ميعاد التكليف بالحضور ، ويتعين إبداء الطلب العارض صراحة وبإحدى الطرق التي قررتها المادة ١٢٤ من قانون المرافعات ومؤدى ذلك أنه لا يكفي مجرد تقديم مستندات ولو كانت للتدليل على طلب عارض مادام لم يطلب صراحة. والطلب العارض يتبع الطلب الأصلي[2] فإذا حكم بعدم قبول الدعوى الأصلية أو بعدم اختصاص المحكمة بنظرها أو ببطلان صحيفتها أو باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو بانقضائها أو بترك الخصومة فيها ، سقط تبعاً لذلك الطلب العارض ، إلا إذا كان قد رفع بالطرق المعتادة

١- د. رمزي سيف. المرافعات المدنية. المرجع السابق ص٣٧٣ .
٢- د. وجدي راغب. النظرية العامة للعمل القضائي المرجع السابق ص٣٦٩ .

لرفع الدعوى وكانت المحكمة مختصة به فإنه يبقى في هذه الحالة كطلب أصلي[1] وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن سقوط الخصومة الأصلية يستتبع سقوط الطلب العارض أياً ما كانت طريقة رفعه ، إلا أن محكمة النقض خالفت هذا الرأي واعتبرت أن تقديم الطلب العارض بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى يجعله مستقلاً بكيانه عن الخصومة ، ولكن إذا رفع الطلب العارض بغير هذا الطريق فإن سقوط الخصومة الأصلية يستتبع سقوط الطلب العارض ، وقد انحاز الفقه المعارض إلى هذا الرأي بعد ذلك.[2]

١٩- معنى الطلب في قانون الإجراءات الجنائية:

عرف جانب من الفقه الطلب في نطاق الإجراءات الجنائية[3] بأنه طلب يثار من الخصم و الأخص طلبات التحقيق المعينة التي يتوجه بها إلى المحكمة إثباتاً لادعائه أو
نفياً لادعاء خصمه. ويعرفه جانب آخر من الفقه[4] بأنه ما يوجه أمام المحكمة من مطالب يلجأ فيها إلى سلطتها لوضعها موضع التنفيذ ، لتكون نتيجتها جزءاً من البينات التي تعرض للمناقشة الشفوية في المحكمة ، أو تكون جزءاً من البيّنات التي تقدر عند الفصل في القضية. ولا تقع الطلبات التي تبدى أمام القضاء الجنائي تحت حصر ، ولعل من أهمها طلب سماع شهود إثبات أو نفي أو مناقشتهم في مواجهة المحكمة تطبيقاً لقاعدة شفهية المرافعة ، ومنها أيضاً طلب ندب خبير أو مناقشته ، والخبير في الدعوى إن هو إلا شاهد فيها فيسري عليه في هذا الشأن ما يسري على الشهود من شروط. ومنها أيضاً طلب إجراء معاينة إذا اتصل إجراؤها بموضوع الدعوى وإظهار

١- د. حامد فهمي. " المرافعات المدنية والتجارية " ط ١٩٤٠ مطبعة فتح الله الياس نوري، ص٤٨٣ .
٢- د. أحمد أبو الوفا ومشار إليه بمؤلف المستشار عز الدين الديناصوري سالف الإشارة إليه ص٥١٣ .
٣- د. رؤف عبيد. المشكلات العملية في قانون الإجراءات. المرجع السابق ص ٥٠٨ .
٤- د. عبد الحميد الشواربي. الإخلال بحق الدفاع في ضوء الفقه والقضاء ط. ١٩٨٧ منشأة المعارف ص٩١ .

وجه الحق فيها ، أو طلب ضم أوراق أو مستندات مودعة في دعوى أخرى أو جهة إدارية ما ، أو الانتقال للإطلاع عليها فيها إذا تعذر الضم لسبب أو لآخر أو إجراء عملية عرض أو تجربة رؤية أو أية وسيلة مشروعة للإثبات إذا كانت منتجة في الدعوى ومؤثرة بالتالي في ظهور وجه الحق فيها.

٢٠- رأينا في الصلة بين الطلب والدفع:

ونحن نرى من جانبنا أن الطلبات المبداة من الخصوم أمام القضاء الجنائي تقترب وتتشابه مع أنواع الدفوع الموضوعية فكلاهما من وسائل الدفاع الموضوعية ، ولا يقع أي منهما تحت حصر ، ويشتركان معا – على ما سيرد تفصيلاً في موضعه من هذا البحث – في شروط إبداء كل منها وان كانا يختلفان من دعوى إلى أخرى وأن كل منهما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض لأول مرة مادامت تقتضي تحقيقاً في موضوع الدعوى. وتقتصر خطة محكمة النقض على مراقبة حكم الموضوع إزاءها قبولاً ورفضاً ، بأسباب كافية صحيحة في القانون مستمدة من ظروف الدعوى الثابتة وأوراقها. ومن المستقر في قضاء محكمة النقض المصرية أن تلتزم محكمة الموضوع بالرد على كل دفع جوهري أو طلب هام يستند إليه أحد الخصوم ، مادام قد حصل تقديمه بالطريق القانوني وبالأوضاع المحددة وإلا كان عدم الرد كلية قصوراً في التسبيب بما يعيب الحكم ويبطله وكذلك إذا كان الرد غير سائغ أو غير كاف ، هذا فضلاً عن الإخلال بحق الدفاع في كثير من الصور[1]. لذلك نجد لزاماً علينا أن نعالج الطلبات المختلفة مع الدفوع الموضوعية عند بيان أنواعها التي لا تقع تحت حصر. وما ينطبق على الدفوع بصفة عامة ينطبق

١- وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الحكم قد صادر المتهم في دفاعه بطلب ندب خبير لتحقيق وقائع ما أثاره بشأن رئيسه المذكور يعد - في صورة هذه الدعوى - دفاعاً جوهرياً إذ يترتب عليه - لو صح - تغير وجه الرأي فيها فقد كان لزاماً علي المحكمة تحقيقه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه أو ترد عليه بأسباب سائغة تؤدي إلى اطراحه وإن لم تفعل فإن حكمها يكون فضلاً عن قصوره في التسبيب قد أخل بحق الدفاع. نقض جنائي جلسة ٢١ نوفمبر سنة ١٩٩٥, س٤٦ ق ١٨٤ ص١٢٣٢ .

على الطلبات أيضاً من حيث الشروط ومراحل إبدائها والتزام الحكم بالرد عليها. لأن الطلبات والدفوع الموضوعية تحديداً وسائل دفاع موضوعية واحدة وإن اختلفت التسمية. والأنواع الواردة تحت أي منها قد تكون جوهرية أو غير جوهرية - على ما سيرد بيانه في موضعه من البحث - وتأييداً لهذا الرأي ذهب جانب من الفقه[1] إلى أنه إذا كان الطلب أداة يباشر بها الخصم حق الدعوى سواء من جانب المدعي أو المدعى عليه فإن " الدفوع هي في جوهرها طلبات" لأنها تعبير عن استعمال حق الدعوى ، ولكن يطلق عليها اسم خاص نظراً لدورها الإجرائي وليس لطبيعتها. فالدعوى إذا كانت حقاً شخصياً للخصم في طرح الادعاء على القاضي والتزامه بالفصل فيه ، فإن الطلب أو الدفع هو الأداة الفنية التي يتحول بها الحق إلى واقع ملموس ويتمكن بمقتضاها الخصم من الحصول على حقه الذي يطالب به وإذا كانت الدعوى فكرة موضوعية نظمها القانون الإجرائي كما ينظم القانون الموضوعي بعض الأمور الإجرائية فإن الدفع أو الطلب فكرة إجرائية بحتة.[2]

١- د. عزمي عبد الفتاح: نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء المدني ط١٩٩٠ ص١٢٧ مشيراً إلى أن هذا الرأي مأخوذ من كتاب " الحق الشخصي والدعوى" ص٩٤ (موتولسكي).

٢- عكس هذا الرأي .د. أمنية النمر: قوانين المرافعات ط١٩٨٩ نادى القضاة بند٢٧ ص٢٨ حيث ترى أن استعمال حق الدعوى إما أن يكون عن طريق الطلب أو الدفع بما يعني أن الطلب شئ غير الدفع. لكن هذا الرأي مردود بما كشف عنه التطبيق العملي أمام المحاكم التي لم تقم فروقاً جوهرية بين الطلبات أو الدفوع الموضوعية من حيث الحق في إبدائها والتزام المحكمة بالرد عليها، باعتبارهما وسائل دفاع موضوعية، تحكمهما ضوابط واحدة سوف تتضح عند الحديث عنها في موضعها من هذا البحث.

المبحث الثاني:
الأساس القانوني للدفوع

٢١- حق الدفاع وقرينة البراءة في النظم الإجرائية المقارنة:

يعتبر مبدأ " كفالة حق الدفاع " الأساس القانونى السليم لفكرة إبداء الدفوع والطلبات ويتفرع هذا المبدأ عن " قرينة البراءة " والتي تفترض أن الأصل في المتهم البراءة. وتعد القاعدة الأخيرة من القواعد الأساسية في نظم الإجراءات الجنائية الحديثة. وهي تعني أن القاضي وسلطات الدولة كافة يجب عليها أن تعامل المتهم وتنظر إليه على أساس أنه لم يرتكب الجريمة أو الجرائم محل الاتهام ما لم يثبت عليه ذلك بحكم قضائي نهائي غير قابل للطعن بالطرق العادية ويعتبر هذا الأصل مبدأ أساسياً لضمان الحرية الشخصية للمتهم. ولقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ عليه في المادة التاسعة منه ، وكذلك أكد هذا المبدأ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٦٦ بإجماع الآراء في المادة ١٤ كما نصت عليه كذلك الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية عام ١٩٥٠ (المادة ٦)[1] وأكده مشروع حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي الذي وضعه مؤتمر الخبراء العرب المنعقد في المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية في سيراكوزا في ديسمبر عام ١٩٨٥ إذ نص في المادة ٢/٥ على أن " المتهم برئ حتى تثبت إدانته بحكم قضائي صادر من محكمة مختصة " .

١- J. Velu et R.Ergec; la Covention Europeenne des droits de l'homme, Rome 1950 p.10 Bruxelles 1990 P.41.

والتسليم بهذه القاعدة ليس مقصوراً على النظم الإجرائية الجنائية الحديثة فحسب ، وإنما عرفها الفقه الإسلامي وطبقها الفقهاء منذ القدم. إذ قرر الفقهاء القاعدة القائلة "الأصل براءة الذمة" وطبقوها في المجال الجنائي فقرروا أن الأصل في الإنسان براءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات ومن الأقوال كلها ومن الأفعال بأسرها[1] ولهذا حق القول بأن حماية الحرية الشخصية وما يتصل بها من حقوق الإنسان الأخرى التي تتطلبها المحاكمة القانونية هي الأساس القانوني لقرينة البراءة ، وهو ذات الأساس الذي تنبع منه الشرعية الإجرائية[2] وهذه القرينة باعتبارها الأصل الذي نبع منه "مبدأ كفالة حق الدفاع" الذي يعتبر وبحق كما سلف القول الأساس القانوني لفكرة "إبداء الدفوع والطلبات" أكدها الدستور المصري عام ١٩٧١ كما أكدتها المواثيق الدولية حينما ورد النص في المادة ٦٧ منه على أن "المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة عادلة تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه".

٢٢- الضمانات المحيطة بقرينة البراءة:

تحاط هذه القرينة بضمانات أخرى تختص بطبيعتها وتتمثل فيما يلي:

أ) لا يجوز إعلان إدانة المتهم أو الحكم عليه بأية عقوبة أو جزاء جنائي بدون محاكمة قانونية تحترم فيها الحرية الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان وخاصة حق الدفاع.

ب) أن المحكمة لا تقضي بالإدانة بغير اليقين القضائي.

جـ) الشك يفسر لمصلحة المتهم.

١- د. محمد سليم العوا ـ مقال بمركز الدراسات الأمنية بالرياض " المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية " جزء أول. ص٢٤٣ عام ١٩٨٢ .

٢- د. أحمد فتحي سرور " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان " في الإجراءات الجنائية ط١٩٩٢ دار النهضة العربية المرجع السابق ص١٨٠ .

د) لا يلتزم المتهم بإثبات براءته. فعبء الإثبات يقع دائماً على عاتق الاتهام. فلا يطالب المتهم باتخاذ موقف إيجابي لإثبات براءته.

والحكم بالبراءة لا يتوقف على تقديم الدليل عليها لأنها أصل عام يجب إثبات عكسه ولقد أورد قانون الإجراءات الجنائية المصري في المادة الأولى منه أنه " تختص النيابة العامة بمباشرة الدعوى الجنائية" لكن القانون فضل الصمت فجاء خالياً من أي نص عام يوزع عبء الإثبات[1] ربما لأن المشرع يعتقد بعدم جدوى هذا النص على أساس أن الإثبات يخضع في المواد الجنائية لمبادئ عامة مستقرة في العمل القضائي على نحو يعلو بها على التقنين - على ما سيرد بيانه بالتفصيل عند الحديث عن إثبات الدفع - أو لأن الإثبات في المسائل المدنية التي تعرض أثناء نظر الدعوى الجنائية يخضع للقواعد المقررة في قانون الإثبات حسبما نص على ذلك في قانون الإجراءات الجنائية ، ولأن قانون المرافعات كما سبق القول هو القانون العام الذي يتعين الرجوع إليه إذا ما خلا قانون الإجراءات من نص مماثل. وتجدر الإشارة إلى أن فكرة الدفوع في قانون المرافعات اقتصرت على بحث الجزاء الذي وضعه المشرع على مخالفة القواعد المنظمة لإجراءات المرافعات وكيفية التمسك بهذا الجزاء ، باعتبار أن قانون المرافعات يعني ببيان الإجراءات والأوضاع التي تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء ، والمواعيد التي يجب أن تحترم عند اتخاذها ، ويعني كذلك ببيان الجزاء المترتب على مخالفتها وكيفية التمسك بهذا الجزاء[2] ويرجع فقهاء المرافعات نشأة فكرة الدفوع إلى أنه في عهد القانون الروماني كان الالتجاء إلى القضاء لا يجوز إلا بالاستناد إلى دعوى من دعاوى هذا القانون الواردة فيه على سبيل الحصر ، ثم بذل البريتور (الحاكم القضائي) جهداً مضنياً بقبول دعاوى هي في الأصل غير مقبولة

١- د. أحمد فتحي سرور .الشرعية الدستورية " المرجع السابق " ص١٨٢ .
٢- د. أحمد أبو الوفا " نظرية الدفوع " المرجع السابق ط ١٩٨٨ ص ٣ وما بعدها.

بمقتضى هذا القانون أو بعدم قبول دعاوى هي في الأصل مقبولة فيه ، وذلك ليتمشى مع مبادئ العدالة وروح القانون الطبيعي وليعطي لكل صاحب حق حقه ، وبالمقابل منح البريتور دفوعاً مختلفة للمدعي عليهم لتفادي الحكم في دعاوى أقيمت عليهم ظلماً. وذلك تحقيقاً للعدالة ورفع الظلم ، وهكذا أنشأ البريتور وسيلة لحماية الحق - إلى جانب الدعوى - هي الدفع أي دفع دعوى الخصم بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه ومع مرور الزمن أصبحت حماية الحقوق بالدعاوى وبالدفوع.[1]

والحديث عن الأساس القانوني للدفوع في الإجراءات الجنائية بعد أن بينا أصله وسنده وكيف أنه نابع عن قرينة البراءة يقتضينا أن نتحدث في مطلب أول عن صلة الدفوع بضمانات المتهم ، ثم نتلو هذا المطلب بالحديث عن الأصول الدستورية والتشريعية لهذا الأساس.

١- د. أحمد أبو الوفا " تاريخ النظم القانونية وتطورها " سنة ١٩٨٤ بيروت بند رقم ٢٠٥ .

المطلب الأول
صلة الدفوع بضمانات المتهم

٢٣- تمهيد:

انتهينا فيما سبق من بيان الأساس القانوني لنظرية الدفوع ، وكيف أن الحق في إبداء الدفوع والطلبات يعتبر جوهر مبدأ " كفالة حق الدفاع " والذي يعد بدوره من أهم المبادئ في السياسة الإجرائية الجنائية ، ويعبر عن الشرعية الإجرائية بما تتضمنه من "قرينة البراءة" "وضمانات المتهم" الواردة ضمن حقوق الدفاع. لما كان ذلك وكانت الإجراءات الجنائية هي مجموعة الوسائل التي شرعت لتمكين القضاء الجنائي من الوصول إلى الحقائق اللازمة للفصل في الدعوى الجنائية ، وهذه الحقائق قد تكون في جانب المدعي وهي النيابة وقد تكون في جانب المدعي عليه وهو المتهم. فلابد أن تتضمن هذه الإجراءات الوسائل التي تمكن كلا الطرفين من تقديم حجته وعرض أدلته بكل حرية. وهذه الوسائل مضمونة للنيابة العامة التي تتولى الاتهام باعتبارها هيئة قضائية مستقلة. ومصلحة العدالة تستوجب أن يتمتع خصمها - وهو المتهم - بمركز يعادل مركز النيابة وبحقوق تماثل ما تتمتع به من حقوق حفظاً للتوازن بين حقوق طرفي الخصومة ، وهذا التوازن بين الطرفين ضروري لمصلحة العدالة : بل هو العدالة نفسها.

والحقوق المقررة للمتهم حفظاً لهذا التوازن هو ما يسمى في العمل بحقوق الدفاع ، فهي إذن حقوق مقررة لمصلحة العدالة أي مصلحة المجتمع نفسه ، وإن كان المتهم هو الذي يستعملها ويباشرها. ولهذا السبب كان الأصل في القواعد التي تحمي حقوق الدفاع أنها من القواعد المتعلقة بالنظام العام ، رغم

أنها في ظاهرها قد يبدو أنها مقررة لمصلحة المتهم. ولا تقتصر مصلحة العدالة في صيانة حرية الدفاع وحقوقه على تمكينه من تقديم أدلته - وهي ما أصطلح على تسميته بأدلة النفي - بل إنها تمكنه من مناقشة أدلة الاتهام التي تقدمها النيابة ضده. إذ أن القاضي لا يستطيع أن يثق في الدليل الذي يقدمه إليه الاتهام ، إلا إذا نوقش أمامه مناقشة حرة جدية ، ولا تكون هذه المناقشة حرة جدية إلا إذا جاءت من خصم يتمتع بحرية تامة وحقوق معادلة لحقوق النيابة من حيث أهميتها والضمانات المقررة لها.

٢٤- تقسيم حقوق الدفاع[(١)]

حقوق الدفاع ذات أهمية كبرى في النظم الجنائية الإجرائية التي تقوم على أساس النظام الاتهامي حيث يقوم بوظيفة الادعاء النيابة العامة ، فيخشى أن يترتب على المركز المتاز الذي تتمتع به النيابة أن يضعف المتهم أمامها ، ويحرم من تفنيد ما تقدم ضده من شبهات وأدلة ، فيعجز القضاء عن القيام بمهمته في تمحيص تلك الأدلة واختبارها ويتحول إلى أداة في يد سلطة الاتهام ، ولا نستطيع هنا أن نلم بكل ما يتمتع به المتهم من حقوق ، بل نكتفي بالإشارة إلى أهمها ، على أن كلا منها سيبحث في موضعه عند بحثه أثناء عرض الدفوع والطلبات التي يبديها المتهم. ويمكن تقسيم حقوق الدفاع إلى قسمين:

الأول: يشمل الحقوق المشتركة بين المتهم وغيره من الخصوم.

الثاني: يشمل الامتيازات الخاصة بالمتهم دون غيره من الخصوم.

٢٥- أولاً: الحقوق المشتركة بين المتهم وغيره من الخصوم:[(٢)]

القاعدة الأصلية هي المساواة بين جميع الخصوم في الحقوق المقررة لهم

١- د. توفيق الشاوي. فقه الإجراءات الجنائية. الجزء الأول ص١١٤ وما بعدها.

٢- د. عبد الحميد الشواربي. ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي ط منشأة المعارف من ص٩ حتى ص١٧ .

أمام المحكمة أو أمام المحقق وأهم هذه الحقوق نجدها في مرحلة التحقيق الابتدائي. ويمكن إجمالها في حق حضور جميع إجراءات التحقيق ، حق الاطلاع على الأوراق وأخذ صور منها ، حق الاستعانة بمحام وحق إبداء الدفوع والطلبات ، وتفصيل ذلك فيما يلي:

١- حق الحضور[1] في جميع إجراءات التحقيق ما لم يكن التحقيق سرياً ، ومع ذلك فللمتهم حق حضور إجراءات معينة لا يحضرها غيره من الخصوم - سوى النيابة - كتفتيش المساكن ، والاطلاع على الرسائل المضبوطة.

٢- حق الاطلاع على الأوراق وأخذ صور منها - وهو حق عام لجميع الخصوم - فيما عدا حالة ما إذا كان التحقيق سرياً وأمر المحقق بمنع الخصوم من الاطلاع ويمتاز المتهم عن غيره من الخصوم في أن القانون يوجب على المحقق أن يمكن محاميه من الاطلاع على الأوراق في اليوم السابق على الاستجواب ؛ ما لم يقرر القاضي غير ذلك (مادة ١٢٥ إجراءات) ومع ذلك فللمتهم كل الحق في أن يمتنع عن الكلام حتى يطلع على التحقيق. ولا توجد أية وسيلة لإلزامه بالكلام أو عقابه على الامتناع عنه.

٣- حق الاستعانة بمحام[2]: إذ لكل من الخصوم أن يستعين بمحام أثناء التحقيق الابتدائي ، وللمحامي أن يحضر مع موكله في كل الإجراءات التي يحضرها ، فلا يجوز الفصل بينهما (مادة ٣/٧٧ إجراءات) ولكن المتهم يمتاز عن غيره بأنه يجب تمكين محاميه من الاطلاع في اليوم السابق على استجوابه كما أسلفنا. كما أنه يمتاز بأنه لا يجوز للمحقق استجوابه إذا كان متهماً في جناية ، إلا بعد دعوة محاميه للحضور إذا كان له محام (مادة ١٢٤).

ومن ناحية أخرى فللمتهم في جناية ضمانة هامة ، إذا كان مقدماً لمحكمة الجنايات ، إذ يوجب القانون أن يكون معه محام دائماً ؛ وإلا كانت المحاكمة

١- د. جلال ثروت أصول المحاكمات الجزائية ط. ١٩٨٦ ص٢١٤ .

٢- د. رءوف عبيد " المشكلات العملية في قانون الإجراءات الجنائية " ص٤١٧ وما بعدها.

باطلة (مادة ١٨٨/١ إجراءات)[1] وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لما كان القانون قد أوجب حضور محام مع المتهم في جناية ، وكانت المحكمة بعد أن امتنع المحامي الحاضر عن إبداء الدفاع وطلب التأجيل وأصر عليه حتى يحضر محامي الطاعن الأصيل ، ورأت عدم إجابته إلى طلبه ، لم تندب محامياً آخر يطلع على أوراق الدعوى ويترافع فيها بما يراه محققاً لمصلحة المتهم ، بل فصلت فيها بإدانة الطاعن دون أن تتيح الفرصة لإبداء دفاعه كاملاً فإن هذا التصرف من جانبها - ينطوي على إخلال بحق الدفاع - مبطل لإجراءات المحاكمة".[2]

٤- حق إبداء الطلبات والدفوع: وهذا الحق - كما سلف القول - هو جوهر حق الدفاع ، وهو الذي يمكن كل خصم من تقديم ما لديه من أدلة وإبداء ما لديه من دفوع ، وطلب الإجراءات اللازمة لتحقيق كل منها ، والقرارات التي تترتب عليها. وهو بلا شك حق لجميع الخصوم - بما فيهم المتهم - في المحاكمة وفي التحقيق الابتدائي سواء أمام قاضي التحقيق أو النيابة العامة أو غرفة الاتهام. ففي التحقيق الابتدائي يوجب القانون على المحقق أن يفصل فيما يقدمه إليه الخصوم من الدفوع ، كالدفع بعدم الاختصاص ، أو الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية ، أو الدفع ببطلان إجراءا معين من إجراءات التحقيق. وعليه أن يفصل فيما يقدمونه من طلبات ، كطلب تعيين خبير ، أو الانتقال لإجراء معاينة أو تفتيش ، أو سماع شهود أو ما يشبه ذلك.

وقد أوجب القانون على المحقق أن يبين الأسباب التي استند إليها عند الفصل في الطلب أو الدفع، لتكون محل تقدير المحكمة عندما يرفع إليها الأمرعن طريق الطعن في قرارات قاضي التحقيق في الأحوال التي يجوز فيها الطعن عليها أو الطعن فى قرارات الإحالة إذا كانت الجريمة جناية. وعلى كل

١- د. عبد الرحمن حسن علام " ضمانات الحماية الفردية ضد القبض والحجز التحكمي " ط ١٩٨٨ ، من ص٢٠٦ حتى٢١٧ .

٢- نقض جنائي جلسة أول ديسمبر سنة ١٩٩٦ س٤٧ ق١٢٢ ص ٨٤٩ .

حال فإن الرقابة العليا تكون في النهايةلمحكمة الموضوع نفسها، أو لمحكمة النقض عند نظر الطعون التي ترفع إليها ضد أحكام محكمة الموضوع التي يجب أن تفصل في جميع ما يقدمه إليها الخصوم من طلبات ودفوع، ويكون فصلها مسبباً لتستطيع محكمة النقض أن تراقب صحة هذه التصرفات.فمحكمة النقض هي المرجع النهائي لحماية حقوق الخصوم فيما يتعلق بطلباتهم الجوهرية ودفوعهم في التحقيق والمحاكمة. وإذا كان المتهم كغيره من الخصوم في التمتع بهذه الحقوق ، إلا أنه يمتاز عنهم بأنه الخصم الأول في كل من الدعويين المدنية والجنائية ، في حين أن غيره من الأفراد – المجني عليه، والمدعي المدني ، والمسئول عن الحقوق المدنية – تعتبر حقوقهم بالنسبة للدعوى الجنائية حقوقاً ثانوية. لذلك كانت أكثر الطعون التي ترفع لمحكمة النقض بشأن – عدم الاستجابة لطلبات الخصوم ودفوعهم – من جانب المتهم. وكثيراً ما حكمت ببطلان الأحكام الصادرة من محاكم الموضوع لإخلالها بحق المتهم في الدفاع بسبب عدم الرد على طلبات المتهم ، أو الرد عليها رداً غير سليم ، مما يمكن القول معه أن محكمة النقض تعتبر نفسها الحارس الأعلى لحقوق الدفاع ، باعتبار ذلك من أهم اختصاصاتها المتعلقة بالسهر على حسن تطبيق القانون وتفسيره. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الحكم المطعون فيه قد قضي بإدانة الطاعن دون أن يعرض للدفع بقيام حالة الدفاع الشرعي ، أو يرد عليه بما يفنده مع أنه من الدفوع الجوهرية التي ينبغي على المحكمة أن تناقشها في حكمها وترد عليها ، إذ من شأن هذا الدفع – لو صح – أن يؤثر في مسئولية الطاعن ، وفي إغفال المحكمة التحدث عنه ما يجعل حكمها مشوباً بالقصور في التسبيب فضلاً عن إخلاله بحق الدفاع.[1]

١- نقض جنائي جلسة ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٤٥ ص١٠٢٢ .

٢٦- ثانياً: الحقوق الخاصة بالمتهم[١]:

للمتهم - إلى جانب الحقوق التي يشاركه فيها غيره من الخصوم - مجموعة من الحقوق المقصورة عليه. وعلة ذلك أنه قد تفرض على حريته إجراءات استثنائية تستلزمها ضرورات التحقيق ، كالقبض والحبس الاحتياطي مثلاً ؛ فلابد من إعطائه ضمانات تمكنه من حرية الدفاع ، حتى في حالة حرمانه من حريته الشخصية مؤقتاً نتيجة الإجراءات الاحتياطية. ومن ناحية أخرى ، فإن المتهم هو الذي يتعرض لأخطر النتائج إذا حكم بإدانته في الجريمة. فلابد أن يشعر عند مباشرة دفاعه بأن مجرد توجيه الاتهام إليه ليس إدانة قاطعة له ، وأنه يتمتع بقرينة البراءة الأصلية التي يستفيد منها كل فرد في المجتمع ، إلى أن يحكم القضاء بإدانته بحكم نهائي وإلى أن يصدر هذا الحكم ، له الحرية الكاملة في اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه في القضية ، وما يحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية. وأهم تلك الحقوق ؛ حقه في سماع أقواله بمجرد القبض عليه وقبل تقييد حريته ، وحقه في الامتناع عن الكلام - دون أن يؤخذ ذلك دليلاً ضده - حتى حضور محام له ، وله أن يحتفظ بسرية الأمور المتعلقة بدفاعه. والحق في أن يكون آخرمن يتكلم ويعقب على سائر الأدلة المطروحة ضده[٢].

١- د. توفيق الشاوي " فقه الإجراءات الجنائية " المرجع السابق ص١١٨ .
٢- د. محمد علي السالم عياد الحلبي. ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال ط ١٩٨١ ص ١٥ وما بعدها حتى ص٢٣، د.عبد الستار سالم الكبيسي. ضمانات المتهم قبل وبعد المحاكمة " رسالة دكتوراه جامعة القاهرة " ص ١٥ وما بعدها.

المطلب الثاني
الأصول الدستورية والتشريعية لنظرية الدفوع

٢٧- الأصول الدستورية:

أشرنا فيما سبق إلى أن الحق في إبداء الدفوع هو جوهر حق الدفاع ، ذلك الحق الذي يتفرع عن المبدأ الراسخ: " أن الأصل في المتهم البراءة". ومن ثم حرصت كافة الشرائع والدساتير على إبراز هذا الحق في نصوصها. فكان المبدأ الذي أعلنته المادة ١٤ في فقرتها الثانية من قانون ١٦ - ٢٤ أغسطس ١٧٩٠ الصادر في فرنسا عقب الثورة على أنه " لكل مواطن الحق في أن يدافع عن دعواه بنفسه". ومن هنا أيضاً كان النص في القاعدة القديمة التي رفعتها المادة الثانية من دستور ٥ فريكتيدور من السنة الثالثة للثورة إلى مصاف الحقوق الدستورية للمواطنين قائلاً: " لا يمكن لإنسان أن يحكم عليه بغير سماع أقواله أو بغير إعلانه قانوناً"[١] ولما كان حق الدفاع ليس مقرراً لحماية مصلحة شخصية فقط ؛ بل هو مقرر لحماية المجتمع أيضاً ، فإن جميع الشرائع تعطي للمتهم الحق في أن يختار خطته في الدفاع عن نفسه بكامل حريته بما في ذلك حقه في اختيار محاميه. وحقه في إبداء دفوعه وطلباته ، وحقه في قبول الحكم أو في الطعن فيه ؛ بل وأيضاً حقه في الحضور وفي الغياب. ومن ثم كان النص في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر

١- Fustin Hélié "Traite de l'instruction Criminelle" Paris 1866 -1867 P.383

عام ١٩٤٨ " على أن كل شخص متهم في جريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات للدفاع عنه " (مادة ٩) وتحقيقاً لذات الهدف نص الدستور المصري الدائم الصادر عام ١٩٧١ في المادة ٦٧ منه على أن " المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ، وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه". وفي المادة ٦٩ منه على أن " حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول ، ويكفل القانون لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم" كما نص في المادة ٧١ على أن " يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض عليه أو اعتقاله فوراً ، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون ، ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهم الموجهة إليه ، وله ولغيره التظلم أمام القضاء من الإجراء الذي قيد حريته الشخصية ، وينظم القانون حق التظلم بما يكفل الفصل فيه خلال مدة محددة ، وإلا وجب الإفراج حتماً".

٢٨- الأصول التشريعية:

وإذا كان الحق في إبداء الدفوع والطلبات هو جوهر حق الدفاع الذي نصت عليه مختلف التشريعات والدساتير ؛ فإن الحق في إبداء الدفوع المختلفة - بذاته - لم يتضمنه تشريع الإجراءات الجنائية المصري صراحة بقدر ما تضمنه قانون المرافعات ، وذلك لاختلاف ذاتية القانونين ، وباعتبار أن المدعي في قانون المرافعات عندما يلجأ إلى القضاء يتعين عليه أن يتخذ الإجراءات الشكلية الصحيحة التي نص عليها قانون المرافعات وذلك حتى تنعقد الخصومة ، ويتعين عليه أن يستند إلى حق ، وأن تكون له دعوى ، أي أن يكون المشرع قد أجاز له الالتجاء إلى القضاء لحماية الحق الذي يدعيه ، فإذا لم تستكمل هذه الشروط فللمدعي عليه أن يجيب على ما يدعيه خصمه " بدفع " لا يتصور أن يوجه إلا لخصومة فيكون شكلياً ، أو لأصل الحق الذي يدعيه

خصمه فيكون موضوعياً ، أو للدعوى فيكون دفعاً بعدم القبول. ومن هنا كان النص في قانون المرافعات صراحة على الدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول. فجاء نص المادة ١٠٨ منه على أن "الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط ، والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ....". وفي المادة ١٠٩ على أن " الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها ، تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها" ، وفي المادة ١١٢ "إذا رفع النزاع ذاته إلى محكمتين وجب إبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً للحكم فيه" ، كما ورد النص على أحكام الدفع بعدم القبول في المادة ١١٥ من ذات القانون بأن " الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها ، وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعي عليه قائم على أساس ، أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة" ، وفي المادة ١١٦ على أن "الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها". وبالقدر الذي ورد النص فيه صريحاً على الدفوع سواء الشكلية منها أو الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات للاعتبارات المشار إليها سلفاً ، فإن قانون الإجراءات الجنائية قد جاء خالياً من التحدث عن الدفوع صراحة ، إلا في نصوص متفرقة في المواد ٨١ ، ٨٢ ، ٣١١ ، ٤١٩ من قانون الإجراءات الحالي ولم تتضمن هذه النصوص بياناً لأي دفع ؛ وإنما جاءت عامة تتحدث عن حق الخصوم في إبداء الدفوع بصفة عامة والتزام سلطات التحقيق والمحكمة بالرد عليها. وليس معنى ذلك أنه لا توجد خصومة جنائية ، فالخصومة تنعقد بمجرد رفع الدعوى وتحريكها من قبل النيابة. ولكن ربما لأن رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها قد جاء مقصوراً على النيابة دون غيرها (مادة١) من قانون الإجراءات. ولا ترفع من غيرها إلا في أحوال بينها القانون - بياناً

حصرياً – كما في المادة (١١) من ذات القانون على سبيل المثال والتي أجاز فيها المشرع لمحكمة الجنايات أن ترفع الدعوى على أشخاص أو عن وقائع أخرى غير الدعوى المعروضة عليها إذا رأت هي ذلك ... ولأن النيابة أو الجهات المنوط بها رفع الدعوى قلما تخطئ في الإجراءات التي يجب مراعاتها في رفع الدعوى وانعقاد الخصومة الجنائية. ومن ثم كانت الدفوع في مجال الإجراءات الجنائية داخلة ضمن حقوق الدفاع التي سلف الحديث عنها في الجزء الخاص بضمانات المتهم ، ولما كانت هذه الحقوق جوهرية في الخصومة الجنائية – باعتبار أن النيابة دائما تمثل سلطة الادعاء – فكان من الطبيعي إذا كان المتهم هو الخصم أمامها أن يعتصم بحق الدفاع المكفول له بمقتضى الدستور والقانون حتى يكون هناك نوع من التوازن في الخصومة الجنائية بين الادعاء وبين من يقف موقف الاتهام. ولكن ذلك لا يعني أن يقتصر الحق في إبداء الدفوع والطلبات على المتهم بذاته ؛ بل ينصرف هذا الحق لكل خصم من أطراف الخصومة الجنائية سواء النيابة أو المتهم أو المدعي بالحق المدني أو المسئول عن هذه الحقوق المدنية. ومن ثم فإن النص على الدفوع في قانون الإجراءات قد جاء ملازماً لحقوق الدفاع المشتركة بين المتهم وغيره من الخصوم ، أو للحقوق التي يتمتع بها بمفرده دون سواه من الخصوم في الخصومة الجنائية. سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي أو أمام المحكمة. فمن حق أي من الخصوم أن يدفع ببطلان أي إجراء أمام نفس المحقق الذي أجراه. فإذا كان الدفع صحيحاً لزم إعادة الإجراء متى أمكن ذلك (مادة ٣٣٦)[١]. ولا يدل التأخير في الإدلاء بالدفاع حتماً على عدم جديته مادام منتجاً ومن شأنه أن تندفع به التهمة ، أو يتغير فيه وجه الرأي في الدعوى. كما أن استعمال المتهم حقه المشروع في الدفاع عن نفسه في مجلس القضاء لا يصح البتة نعته بعدم الجدية ، ولا أن يوصف بأنه جاء متأخراً لأن المحاكمة هي وقته المناسب

١- د. رءوف عبيد " المشكلات العملية في قانون الإجراءات الجنائية " ط ١٩٧٩ دار الفكر العربى ص٤٢٤ وما بعدها.

الذي كفل فيه القانون لكل متهم حقه في أن يدلي بما يعن له من دفوع أو طلبات تحقيق وأوجه دفاع ، وألزم المحكمة النظر فيه وتحقيقه مادام فيه تجلية للحقيقة وهداية إلى الصواب. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الحكم قد أطرح دفع الطاعن بتزوير الشيك المعزو إليه إصداره بمقولة أنه غير جاد في دفعه بالتزوير لأنه لو كان جاداً لدفع به أمام سلطات التحقيق أو أمام محكمة أول درجة ، فإنه يكون قد صادر الطاعن في دفاعه بدعوى أنه تأخر في الإدلاء به ؛ مع أنه دفاع جوهري لتعلقه بتحقيق الدليل المقدم في الدعوى ، ويترتب عليه - لو صح - تغير الرأي فيها ، وإذ لم تقسطه المحكمة حقه وتعني بتحقيقه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه. فإن الحكم يكون معيباً بالإخلال بحق الدفاع"[1] وللمتهم حقوق أخرى سلف الإشارة إليها في موضعها. وكل هذه الحقوق الخاصة بالدفاع - سواء التي يشترك فيها المتهم مع باقي أطراف الخصومة الجنائية أو ينفرد بها دونهم - قد منحت لجميع الخصوم في الخصومة الجنائية الحق في إبداء الطلبات والدفوع ، وهذا الحق هو الذي يمكن كل خصم من تقديم ما لديه من أدلة وإبداء ما لديه من دفوع ، وطلب الإجراءات اللازمة لتحقيق كل منها والقرارات التي تترتب عليها. وهو بلا شك حق لجميع الخصوم - بما فيهم المتهم - في المحاكمة وفي التحقيق الابتدائي. سواء أمام قاضي التحقيق أو النيابة العامة. وقد جعل المشرع في النهاية الرقابة العليا في إبداء الدفوع والطلبات لمحكمة الموضوع نفسها حيث أوجب عليها أن تفصل في الطلبات والدفوع التي تقدم لها من الخصوم ، وتبين الأسباب التي تستند إليها (مادة٣١١ إجراءات) لتستطيع محكمة النقض أن تراقب صحة هذه التصرفات ، وعرض أسباب الحكم على هذا النحو يكشف مدى توافر الاقتناع اليقيني للقاضي إذا ما حكم بالإدانة ، بوصفه ضماناً دستورياً مترتباً على قرينة البراءة ، كما أن خلو الحكم من الرد على أوجه

١- نقض جنائي جلسة ١٢ نوفمبر عام ١٩٩٦ س٤٧ ق١٦٨ ص١١٧١ .

الدفاع الجوهرية يكشف عن إخلال المحكمة بضمانات الدفاع اللازمة لإقامة محاكمة قانونية منصفة. لهذا كان ارتباط الرد على الدفوع الجوهرية بتسبيب الأحكام - على ما سيرد في موضعه من هذا البحث - وهو ما يعد ضماناً دستورياً مستخلصاً من سائر ضمانات قرينة البراءة المنصفة ومن طبيعة الشرعية الإجرائية ، وكان من المبادئ الأساسية للنظام العام القضائي حتى يتمكن أطراف الخصومة من معرفة السند الواقعي والأساس القانوني الذي أقام القاضي حكمه عليه وبالتالي يكون لكل منهم مباشرة حق الطعن في الحكم وإبداء دفاعه أمام محكمة الطعن.[1]

٢٩- الدفوع والطلبات في النظام الأنجلوسكسوني:

هذا عن الأساس الدستوري والتشريعي للطلبات والدفوع في القانون المصري والفرنسي ، وإذا نظرنا إلى النظام الإنجلوسكسوني سوف نجد أن المرافعات في المحاكمة والمقابلة للطلبات والدفوع هناك هي :

الاعتراض objection، والدفوع Demeurer، والاحتفاظ بحق الطعن في القرار برفض الاعتراض أو الدفع .Exception.[2]

والاعتراض هو ما يبدى في طلب لاستبعاد البيّنات غير السليمة عند تقديمها ، والتي تخالف قواعد البينات المعمول بها ، ومهمة هذا الاعتراض هي إبداء وجود نقطة نزاع قانونية حول البينات المقدمة وثانياً تقديم أسباب تلك المنازعة. ويقابل ذلك التعبير والذي يستخدم بالنسبة لمخالفة قواعد البيانات تعبير Demeurer، الذي يستخدم عند مخالفة قواعد القانون الموضوعية ، ويبدي في مراحل متعددة

١- د. فتحي سرور. الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية المرجع السابق ص٣٦٢

٢- Wigmore, Treatise --------, Vol.1, No.18p.52

مشار إليه برسالة دكتوراه حسن محمد علوب "استعانة المتهم بمحام" عام ١٩٧٠ جامعة القاهرة ص٣٥٠ هامش ٥ .

في المحاكمة كما توجد دفوع أخرى متعددة تبدى عند نهاية المحاكمة ، كالدفع بوقف الحكم والدفع بإعادة المحاكمة Motion for a new trail[1]وعن طريق الأول يمكن مهاجمة الاختصاص أو الكفاية القانونية لقرار الاتهام ، أو مدى صحة الإجراءات على المحضر ، وبالتالي يمكن مهاجمة مدى صحة المحاكمة عن المسائل التي لا تظهر في التحقيق ، وفي بعض الولايات الأمريكية يمكن إثارة كل المسائل في هذا الدفع ، ويقع في أي وقت بين قرار الإدانة وتوقيع العقوبة على ألا يتأخر عن ذلك.. والدفع بإعادة المحاكمة يرمي إلى لفت نظر المحكمة إلى الأخطاء التي ارتكبت في المحاكمة ، أو إلى بعض البينات الجديدة المكتشفة والتي لم تكن في المتناول ، ويمكن للمحكمة عن طريق هذا الدفع تصحيح الأخطاء بدون تعريض المتهم للنفقات. والتأخير ومتاعب الاستئناف. ويجب أن يبدي الاعتراض على البينات بمجرد العلم بتوافر أسبابه أو إمكانية العلم به ، إلا إذا كان هناك سبب يدعو لتأجيله ، وبالنسبة للبينات التي تقدم لأول مرة في المحاكمة ، فقد يكون ذلك الاعتراض لاستبعاد شهادة شاهد بصفة عامة ، أو عدم قبول البينات التي تأتي في الرد على سؤال معين أو التي يحويها مستند معين ، ويجب أن يبدي الاعتراض بمجرد أن يطرح السؤال وقبل أن تعطي الإجابة عنه ، إلا إذا كان موضوع الاعتراض غير راجع إلى السؤال ولكنه متعلق فقط بالإجابة. ويجب أن يكون الاعتراض إيجابياً وليس افتراضياً أو شرطياً ، كما أن الاعتراض لا يؤجل عادة إلا في أحوال استثنائية أو بسبب طول الشهادات ، أو التعقيد الذي يجعل من غير العملي تقديمه في نفس الوقت لعدم معرفة ما إذا كان له أساس ، والمعيار هو ما إذا كان يعرف أو في الإمكان معرفة أسبابه وقت عرض البينات ، أما الاحتفاظ بحق الطعن في القرار برفض الاعتراض أو الدفع والذي يسمى"Exception"

١- Orfiled : "Criminal Procedure" ---- P.494
مشار إليه برسالة الدكتوراه الخاصة بحسن محمد علوب المشار إليها سلفاً ص٣٥١ هامش ٢ .

فيخدم غرضاً مزدوجاً ويوضح أن الطرف الذي يمسه القرار أو يتعارض مع مصلحته غير مقتنع به ولكنه سيواصل النزاع حوله ، ويطلب تلخيص وحفظ أسباب القرار من أجل الاستئناف ، وفي المجرى العادي للمحاكمة إذا قدم اعتراض عن قبول بينات وتقرر رفضه ؛ ولم يتخذ الطرف الذي أبدى تحفظ إجراء إيجابي ، فإنه يكون قد تنازل عنه ، ولا يحتاج ذلك التحفظ لأي شكل أو أن يكون مكتوباً أو موقعاً ، ولكن يكفي إبداؤه مع الاحتفاظ بوضعه في الشكل المطلوب خلال الفترة المحددة في العمل أو قواعد المحاكمة.[1] وتتشابه الوسائل التي يمارسها الخصم أو المدافع في هذا النظام مع تلك التي يمارسها نظيره في القانون المصري لمراقبة ومتابعة إجراءات المحاكمة ، كما أنها تكاد تتشابه في أثرها العام مع تلك الإجراءات تقريباً. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها التي تنطبق في هذا الخصوص بأنه " لا يعيب الحكم خلو محضر الجلسة من إثبات دفاع الخصم ، إذ عليه إذا كان يهمه تدوينه أن يطلب صراحة إثباته في المحضر ، كما أن عليه إن ادعى أن المحكمة صادرت حقه في الدفاع قبل حجز الدعوى للحكم ودون سماع دفاعه ، أن يقدم الدليل على ذلك ، وأن يسجل عليها هذه المخالفة في طلب مكتوب قبل صدور الحكم ، وإلا لم يجز المحاجة من بعد أمام محكمة النقض على أساس من تقصيره فيما كان يتعين عليه تسجيله وإثباته.[2]

٣٠- الدفوع والطلبات في الولايات المتحدة الأمريكية:

وأكثر أنواع الدفوع شيوعاً في نطاق الإجراءات الجنائية في الولايات المتحدة هو الدفع من المتهم ، بأنه غير مذنب لأسباب مثل الاختلال العقلي أو أن يكون قد تمت محاكمته لنفس التهمة في وقت سابق ، والدفع بعدم ارتكاب

١- د. جسن محمد علوب " استعانة المتهم بمحام " رسالة دكتوراه عام ١٩٧٠ ص٣٥٠ وما بعدها. الموضع السابق.

٢- نقض جنائي مجموعة أحكام النقض ٢٨ فبراير ١٩٦٦ س١٧ ق٣٩ ص ٢١١ .

الجريمة. ومثل هذا الدفع له ميزتان أولها أنه يساعد المتهم على أن ينقذ ماء وجهه أمام الرأي العام ، لأنه يمكنه بعد ذلك أن يدفع أنه من الناحية الفنية لم يكن هناك قرار بكونه مذنباً بالرغم من إمكانية وجود حكم أو غرامة ، ثانيها أن الدفع ينقذ المدعي عليه من عقوبات معينة والتي قد تتبع الدفع بأنه مذنب ، كالدعوى المدنية التي قد تتبع الإدانة بالتزوير أو النصب. وإذا دفع المتهم بأنه غير مذنب ؛ فإن القاضي سوف يحدد ميعاداً للمحاكمة وإذا كان الدفع بأنه مذنب يمكن أن يحكم على المدعي عليه على الفور أو في تاريخ لاحق يحدده القاضي. ويطبق في نظام التقاضي في الولايات المتحدة ما يعرف "بإمكانية التوصل إلى صفقة بخصوص الدفع"[1] وتتخذ هذه الصفقة ثلاثة أنواع من الاتفاقات:

أولاً: تخفيف التهم:

وأكثر أشكال الاتفاق الذي يحدث بين المدعي والمدعي عليه هو تخفيف التهمة إلى أخرى أقل خطورة من تلك التي يساندها الدليل ويصبح للمتهم بذلك الفرصة فى أن توقع عليه عقوبة أخف من تلك التى كانت ستوقع عليه مشددة ، ومن ثم يكون من الأرجح أن يحصل على حكم أخف مما سيكون عليه الحال في ظل الحكم عليه وفقاً للتهمة أساسية.

ثانياً: إسقاط تهم حقيقية:

والشكل الثاني من أشكال صفقات الدفع هو موافقة وكيل النيابة المركزي على أن يسقط تهماً أخرى معلقة ضد الشخص ، كإسقاط تهمة التزوير مقابل الدفع بالذنب بارتكاب التهمة الأخف ، أو إسقاط عدد من عمليات السطو وذلك بعد الاعتراف بتهمة سطو أخرى. وهناك طريقة أخرى لهذا النوع من صفقات الدفع هو الاتفاق الذي يتم فيه دمج الاتهامات الموزعة في محاكم متعددة في

١- روبرت أ. كارب، رونالد ستيدهام. الإجراءات القضائية في أمريكا الطبعة الإنجليزية الثانية ترجمة د. علا أبو زيد ط ١٩٩٧ ص٢٠٦ وما بعدها .

محكمة واحدة وذلك حتى يمكن سريان الأحكام في وقت واحد.

ثالثاً: الشكل الثالث والأخير من صفقات الدفع:

يتعلق بدفع المدعي عليه بأنه مذنب مقابل موافقة المدعي العام أن يسأل القاضي حكماً مخففاً ، والمدعي العام في هذه الحالة لا يمكنه أكثر من مجرد تقديم توصية غير ملزمة للمحكمة فيما يتعلق بالحكم. وقد تستجيب المحكمة إليها أو لا تستجيب.[1]

٣١- الدفوع والطلبات في إيطاليا:

أما في إيطاليا ، فكما سبق القول عند الحديث عن التقارب بين الأنظمة الإجرائية الجنائية ، فلقد تأثر المشرع بالنظم الأنجلوسكسونية وانعكس ذلك على أطراف الخصومة الجنائية في القانون الجديد وبدا هذا الأثر واضحاً في ثلاثة محاور ، بنى عليها القانون الإجرائي الجديد:

١- الربط بين الأطراف وفكرة الخصومة الجنائية دون تحديد لماذا يعد الخصم طرفاً في الدعوى الجنائية.

٢- تحليل فكرة الرابطة الإجرائية الجنائية مع وجود ثلاثة أطراف هي النيابة والمتهم والقاضي.

٣- إقامة تحليل فكرة الرابطة الإجرائية إلى ثلاثة أطراف على أساس أن الطرف هو من يطلب حكماً قضائياً في مواجهة آخر أو من يطلب في مواجهته هذا الحكم[2].

وتفترض تلك الفكرة المساواة بين أطراف الدعوى الجنائية وتؤيد ما سبق بيانه في تعريف الدفوع من أن الدفع دعوى التي تفترض بدورها المساواة بين

١- روبرت أ.كارب، رونالد ستيدهام. الإجراءات القضائية في أمريكا.المرجع السابق ص٢٠٩ .

٢- د. عبد الفتاح الصيفي، د. محمد إبراهيم زيد. شرح قانون الإجراءات الإيطالي الجديد. المرجع السابق ص١٤ وما بعدها.

أطراف الدعوى الجنائية ، مع عدم الإخلال بما للنيابة من دور تنظيمي عام في إقامة الدعوى الجنائية لا يتكافأ مع دور باقي الخصوم وخاصة المتهم بما يزيد من الأعباء الملقاة على عاتقها في الخصومة الجنائية لتحقيق العدالة في أحسن صورها بتحملها عبء إثبات الدفع المبدى من المتهم على ما سيرد بيانه في موضعه من هذه الدراسة.

الباب الأول
النظام القانوني للدفوع

٣٢- تمهيد وتقسيم:

بعد أن فرغنا من تعريف الدفوع وبيان الصلة بين الدفع وغيره من المسميات الأخرى كالدعوى والطلب، وكذلك الأساس القانوني لفكرة الدفوع من حيث ارتباطها بضمانات المتهم والأصول الدستورية والتشريعية لهذه الفكرة في الفصل التمهيدي. فسوف نسعى في هذا الباب إلى محاولة وضع نظام قانوني لنظرية الدفوع والطلبات بناء على ما انتهيت إليه في الفصل التمهيدي من أن الدفع دعوى ومن خلال ما اضطردت عليه أحكام القضاء - في هذا الخصوص - نبين فيها الطبيعة الإجرائية للدفوع والآراء المختلفة التي قيلت في شأنها ، ثم الشروط الواجب توافرها في الدفع أو الطلب ومراحل إبدائها وعبء إثبات الدفع والأحكام التي تنظم تقادمه ، ثم نعرض بعد ذلك للأساس القانوني في التزام المحكمة بالرد على الدفع وبيان أنه ناشئ عن التزامها بتسبيب حكمها ولحالة تخلف هذا الالتزام وعدم مراعاته التي ينشأ عنها قصور الأسباب أو تخلفها مع بيان الصور التي جرى عليها العمل القضائي في هذا الشأن لقصور التسبيب ومتى يكون التسبيب معيباً في هذه الحالات. وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول :الطبيعة الإجرائية للدفع

الفصل الثاني:الشروط الواجب توافرها في الدفع

الفصل الثالث :التزام المحكمة بالرد على الدفع

الفصل الأول
الطبيعة الإجرائية للدفع

٣٣- تمهيد:

ويرتبط الحديث عن الطبيعة الإجرائية للدفوع بالحديث عن أنواعها .

وفي الحديث عن أنواعها نجد الفقه والقضاء يتحدثان عن مسائل أولية ومسائل فرعية الأمر الذي يثور معه التساؤل عن أي طائفة من المسائل تنتمي الدفوع في الإجراءات الجنائية؟

في فقه المرافعات المدنية نجد أن الحديث عن المسائل الأولية والمسائل الفرعية ورد بمناسبة الحديث عن اختصاص المحكمة بنظر الطلب الأصلي المطروح عليها في الدعوى وحالات امتداد اختصاصها لما يتفرع عن هذه المسألة الأساسية من مسائل أخرى لازمة للفصل في هذه الدعوى والتي قد تكون مسائل عارضة أو دفوع.[1]

فقد ظهر اتجاه في الفقه [2] يفرق بين الدفع والمسألة العارضة في التعريف باعتبار أن الأول يهدف إلى منع الحكم للمدعي بما طلب بينما الثاني متعلق بإجراءات الخصومة. إلا أنه لم يمانع في أن الدفع قد ينطوي بذاته على مسألة عارضة فجعل الطبيعة الإجرائية للدفع قد تكون مسألة عارضة أو لا تكون ، ولكنه في الحالة الأولى لم يضع اعتباراً لما إذا كانت هذه المسألة العارضة أولية أو فرعية. وإنما حدد طبيعتها بأنها قد تكون مرتبطة بالدعوى الأصلية

١- Lebas Gabriel "De la Prorogation de juridiction en matiere Civile," thêse, Paris 1903 P.124

٢- د. أمينة النمر: قوانين المرافعات. طبعة ١٩٨٩ نادي القضاة ص٤١٤ وما بعدها، د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني ط١٩٨٠ دار النهضة العربية ص ٣٢٠ وما بعدها.

فيتولى قاضي الدعوى الأصلية الفصل فيها باعتبار أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع ، وقد لا تكون هذه المسألة العارضة مرتبطة بالدعوى الأصلية ولكن يتوقف الفصل في الأخيرة على الفصل فيها ، وهنا قد تخرج عن حدود اختصاص المحكمة سواء في النوع ، كما إذا كانت الدعوى من اختصاص محكمة جزئية ، بينما الدفع من اختصاص محكمة ابتدائية، أو في الولاية كما إذا كانت تدخل في اختصاص القاضي الجزئي أو تخرج عن ولاية القاضي المدني لتدخل في ولاية القاضى الجنائى، أو تخرج عن ولاية جهة المحاكم لتدخل في ولاية القضاء الإدارى أو ولاية المحكمة الدستورية، وفي كل الأحوال فإن المحكمة توقف الفصل في الدعوى الأصلية لحين الفصل في المسألة العارضة بحسب نصوص القانون الواردة في هذا الشأن.

٣٤- مبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع:

وإذا كان هذا هو الاتجاه في قانون المرافعات حول الطبيعة الإجرائية للدفع والذي لم يضع ضابطاً محدداً للدفع وما إن كان ذا طابع أولى أو طابع فرعي ، فإن الأمر يختلف في فقه الإجراءات الجنائية. حيث يثار البحث في ذلك - وبقدر من الصعوبة - بسبب الاختلاف الوارد في الفقه والتشريع الإجرائي الجنائي حول مدلول كل من المسائل الأولية والفرعية وحدود اختصاص القاضي الجنائي بنظر هذه المسائل وما أن كانت ذات طابع جنائي أم ذات طابع آخر مدني أو إداري مثلاً.

ويسيطر على هذه الفكرة من الأساس أصل هام من أصول التقاضي أمام القضاء الجنائي هو مبدأ " قاضي الدعوى قاضي الدفع " فحينما يفصل القاضي الجنائي في مسألة من المسائل التي تعترض سير الدعوى الجنائية طبقاً لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع فإن ذلك الفصل لا يكون مطلقاً بلا حدود ولأية مسالة مطروحة في الدعوى الجنائية ، ولذا فقد عنى المشرع والفقه والقضاء ببيان هذه الحدود التي يلتزم بها القاضي الجنائي. ومن ثم فقد

أصبح لزاماً علينا أن نعرض لماهية هذا المبدأ ومبررات ظهوره ونشأته وتطوره في القانون الفرنسي ثم في القانون المصري ثم نعرض بعد ذلك للخلاف الوارد في الفقهين الفرنسي والمصري بالنسبة للمسائل الأولية والمسائل الفرعية لعلنا بذلك نصل في النهاية لمعيار محدد يمكن الركون إليه في تحديد الطبيعة الإجرائية للدفع. وما إن كان ذا طابع أولى أم طابع فرعي. وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع.

المطلب الأول: ماهية المبدأ وتبريره

الفرع الأول: في القانون الفرنسي

الفرع الثاني: في القانون المصري

المطلب الثاني: مبررات المبدأ

الفرع الأول: صلة المسائل العارضة بمكونات الجريمة

الفرع الثاني: الارتباط بالتنظيم القضائي

المبحث الثاني: خصائص مبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع

المطلب الأول: الصفة الإلزامية

المطلب الثاني: الصفة العارضة

المبحث الثالث: التفرقة بين المسائل الأولية والمسائل الفرعية

المطلب الأول: في الفقه الفرنسي

المطلب الثاني: في الفقه المصري

المبحث الأول
مبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع

٣٥- تمهيد:

نتناول في هذا المبحث الأحكام العامة لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع وتطوره التاريخي في القانونين المصري والفرنسي ، ومبررات ظهوره في الإجراءات الجنائية ، لذلك فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نبين في أولهما ماهية المبدأ وتبريره ، وفي الثاني نوضح خصائصه.

المطلب الأول
ماهية المبدأ

٣٦- ماهية المبدأ:

عرفت القوانين القديمة هذا المبدأ وتناوله الشراح في كتاباتهم واضطردت أحكام القضاء على تطبيقه إلى أن نصت عليه صراحة القوانين الإجرائية ، وأصبح قاعدة أساسية من قواعد الإجراءات الجنائية، وهو يعني اختصاص المحكمة بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية مما يؤدي إلى أن تخضع الدعوى الجنائية بجميع عناصرها لسلطة القاضي الجنائي، فيستطيع أن يفصل في مسائل ليست من اختصاصه على نحو يترتب عليه تعديل قواعد الاختصاص مثل فصله في المسائل الخاصة بالقانون المدني أو التجاري أو الدولي والتي تعرض عليه بصفة تبعية[١] ، وقد أكد هذا المبدأ العديد من أحكام القضاءين الفرنسي والمصري قبل أن يحظى بتقنين الشارع ، ذلك أن النص عليه ما هو إلا ترجمة لأمر وقع من قبل ، فقد عرفته القوانين الرومانية وطبقته على الدعاوى التي كانت تعرض عليها. وحتى نستطيع تحديد هذا المبدأ وأسباب وجوده بالمعنى الحالي في القانونين المصري والفرنسي فإننا سوف نلقي نظرة أولاً على نشأته وتطوره في القانون الفرنسي ثم في القانون المصري.

١- Ouestion Préjudicielle au jugement " Dalloz ENCYCLOPE`DIE JURIDIQUE 2e Edition P3:9 1 er janvier 1981 N. 24:28

الفرع الأول
نشأة المبدأ في القانون الفرنسي

٣٧- تمهيد :

وجد مبدأ «قاضي الدعوى هو قاضي الدفع»ضرورته منذ عهد القانون الفرنسي القديم ، وقبله القانون الروماني مروراً بقانون تحقيق الجنايات ثم مذكرة الرئيس باري[١] (رئيس محكمة النقض الفرنسية في ٥ نوفمبر ١٨١٣) إلى أن تبلور في شكله الراهن في قانون الإجراءات الجنائية على مراحل أربعة:

٣٨- في ظل القانون القديم[٢]:

كان من المقبول في ظل القانون القديم أن يختص القاضي الجنائي بنظر كافة الدفوع والمسائل التي تثار أمامه ويعود ذلك إلى أنه في ظل القانون الفرنسي القديم وحتى القرن السادس عشر لم يكن هناك انفصال بين القضاءين الجنائي والمدني، وبالتالي لا توجد ثمة إحالة من قضاء لآخر ، بالإضافة إلى سبب ثان هو أن القضاءين إنما ينبثقان عن ذات النظام ويتم اختيار أعضائهما بنفس الطريقة[٣] إلا أن الفقهاء قد اختلفوا حول مدى تطبيق

١- أ.د عبد العظيم مرسي وزير ـ الشروط المفترضة في الجريمة ـ ط ١٩٨٣ دار النهضة العربية ص٢١٦ وما بعدها.

٢- Questions Prjudicielle. Dalloz Rep.op.cit. No 411. P. 610.611

٣- Delaunay Marlange Chantal "les exception prejudicielles au jugement penale" these Paris 2/1974

هذا المبدأ فذهب البعض إلى أنه مبدأ مطلق لا يعرف أي استثناء بحيث لا توجد مسألة فرعية بالمعنى الضيق.

إلا أن جانباً قد أتجه إلى عكس ذلك بحجة أن المبدأ ليس مطلقاً في مداه ، وأن المسائل الفرعية بالمعنى الضيق كانت موجودة وعديدة [1] وإلى أنه كان يمكن أيضاً إيقاف الدعوى الجنائية إذا تبين للقضاة أنها لم ترفع إلا بقصد التحايل لإثبات الواقعة المدنية بشهادة الشهود.[2]

وقد تعرض هذا المبدأ لعدة صعوبات وذلك لعدم نص المشرع عليه مما فتح الباب لبعض الاستثناءات التي نشأت عن تطبيقه لاسيما فيما يتعلق بحالة الأشخاص ، وما إذا كانت تتطلب ضرورة الإثبات بالكتابة حيث تفرض نفسها على القاضي الجنائي الذي ينظرها بطريقة تبعية ، لأن الأوامر الملكية الصادرة في ذلك الوقت كانت تقتضي ضرورة إثبات الحالة الشخصية في المجال المدني للأفراد ، كالنسب وسلسلة البنوة بواسطة الكتابة ، فلا تكفي شهادة الشهود لإثباتها.

وفي إحدى القضايا المدنية والتي تتلخص وقائعها في طلب المدعية السماح لها بإثبات أنها شقيقة لأحد الأشخاص بشهادة الشهود ، أوضح المحامي العام في هذه القضية (Talon) القاعدة التي يجب اتباعها في هذه الحالة مقرراً في مذكرته المقدمة منه ، بأنه لا يمكن قبول مثل هذا الدليل لأنه يكون بذلك من السهل لأي شخص الادعاء بأنه ينتمي إلى العائلة التي يرغب في الانتساب لها مما يؤدي إلى كثير من المضايقات للعائلات ، فرفضت المحكمة طلب المدعية ، وهو ما حمل الفقه على عدم الاكتفاء بشهادة الشهود في إثبات سلسلة البنوة [3] متطلباً ضرورة الإثبات بالكتابة في هذه الحالة.

١- Stefani, Levasseur et bouloc "procêdure penale" 1980- N438 Garraud op, cit. N 620.

٢- د. عماد الدين عبد المجيد عبد السلام - رسالة دكتوراه "اختصاص القاضي الجنائي بنظر المسائل الأولية والفرعية" عام ١٩٩٨، جامعة القاهرة، ص ٣٦ وما بعدها.

٣- Delaunay Marlange op- cit. p.11

أما عن المجال الجنائي فلا يتطلب مثل هذا الإثبات بالكتابة ، مما آثار خلافاً في الفقه والقضاء حول مدى كفاية إثبات هذه المسائل العارضة بالشهادة في نطاقه إذا عرضت على القاضي الجنائي مسألة متعلقة بالحالة الشخصية بالتبعية لأن الأخذ بمفهوم قاضي الدعوى هو قاضي الدفع الذي يكون بموجبه مختصاً بالحكم في مسألة حالة الأشخاص التي تعرض عليه عرضاً ، يؤدي إلى أنه يستطيع الفصل فيها بالاستعانة بدليل الشهادة وذلك بغية عدم ترك الجريمة بدون عقاب - هذا من ناحية - ولكن قبول دليل الشهادة في المجال الجنائي من ناحية أخرى يمثل خطراً جسيماً ، وذلك بالتحايل على قواعد القانون المدني والحصول بطريق الشهادة على حالة لم تكن لشخص من قبل. وبحلول سنة ١٨٠٤ تدخل المشرع ليحد من نطاق تطبيق قاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع ، حيث نصت المادة ٣٢٦ من التقنين المدني على أن المحاكم المدنية هي المختصة فقط بنظر المسائل الخاصة بالحالة الشخصية للأفراد ، مما شكل استثناء على هذا المبدأ الذي يسمح للقاضي الجنائي بالفصل في هذه المسائل المدنية المطروحة عليه بالتبعية وقد رتب الفقه على وجود هذا الاستثناء نتيجة هامة هي أن طبيعة الدليل لا ترجع إلى القضاء المختص بالدعوى ، ولكن إلى طبيعة الواقعة المراد إثباتها ، ثم أفصحت مذكرة الرئيس باري «رئيس محكمة النقض في ٥ نوفمبر ١٨١٣» عن هذه القاعدة حيث أصبح من الممكن قبول الإثبات بالكتابة للمسائل المعروضة على القاضي الجنائي بالتبعية ، وبحيث لا يضطر القاضي الجنائي إذا عرضت عليه هذه المسألة إلى إيقاف الدعوى أو إحالتها إلى القاضي المدني ، وحتى لا يكون المتهم عرضة لأن يكون ضحية لأي غش أو تدليس يقع عليه عن طريق الإثبات بشهادة الشهود ، إذ صار الإثبات وفقاً لهذا المبدأ راجعاً إلى طبيعة الواقعة المراد إثباتها لا إلى القضاء الذي ينظرها.[1]

١- راجع Delaunay Marlange. Op. Cit P. 11 ets

د. عماد الدين عبد المجيد ـ رسالة الدكتوراه سالف الإشارة إليها ص٣٩

٣٩- في ظل قانون تحقيق الجنايات لسنة ١٨٠٨:

خلا هذا القانون من نص أو حكم عام يقرر أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع ، ولم يستقر القضاء في مدى الأخذ به من عدمه وهل يطبقه بطريقة مطلقة أم يقبل وجود الدفوع الفرعية بالمعنى الضيق؟ ومن ثم لم يحدث استقرار على مبدأ مطلق محدد في هذا الأمر مجرد يمكن استخدامه كدليل للقضاء ، فتارة يأخذ بالنظرية الأولى ، وتارة أخرى نجد أنه يقرر بأن جميع مسائل الملكية والحقوق العينية والمتعلقة بالعقارات من اختصاص المحاكم المدنية ، بحيث يجب إحالتها من المحاكم الجنائية إليها ، في حين احتفظت المحاكم الجنائية بنظر مسائل الملكية المنقولة مع ترددها بشأن مسائل وجود وصلاحية وتفسير العقود ، وظل الأمر كذلك غير مؤكد بالنسبة للمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للأفراد.[1]

ومرد ذلك أن القضاء السابق على عام ١٨١٣ صادفته صعوبات حول المسائل الفرعية والفصل فيها لعدم وجود نص خاص مطبق. وثار التساؤل حول كيفية الفصل في دليل العقد المدني الذي هو محل إنكار في جريمة خيانة الأمانة أو إذا تعلق الدفع بالملكية المنقولة وتفسير التصرفات والعقود التي يمكن أن تنشأ أثناء نظر الدعوى الجنائية وكيفية تصرف المحكمة الجنائية ، في هذه الحالات المختلفة ، كذلك ثار خلاف فقهي حول الدفوع المبداه من المتهم كوسيلة دفاع ، ومتى يتم إحالتها إلى القضاء المدني للفصل فيها[2] ، ومتى تفصل فيها المحكمة التي تنظر الدعوى بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع قد تجاهل وضع تفسير قطعي لهذه المسألة في مجال الإجراءات الجنائية ومن هنا ظهرت الحاجة إلى وجود مبدأ موحد كدليل للقضاة وهو الذي تضمنته مذكرة ٥ نوفمبر ١٨١٣.

١- Garraud: op. Cit N 620; H. Donnedien de vabre. "Traite élémentaire de droit criminelle et législation pénale comparée" Paris 1973 N.1164-1165

٢- أ.د. عبد العظيم وزير. المرجع السابق ص ٢١٨ .

٤٠- مذكرة الرئيس باري في ٥ نوفمبر ١٨١٣:[١]

إزاء الصعوبات التي ثارت بخصوص مدى هذا المبدأ وكيفية تطبيقه ، وحالات الدفوع الفرعية كاستثناء يحد من نطاقه ، طلب قضاة محكمة النقض من رئيسهم باري تحرير مذكرة توضح الأمور للقضاة في هذه المسائل فقام بكتابتها وأودعت وصوت عليها الجميع في ٥ نوفمبر ١٨١٣ من قضاة الغرفة الجنائية ، وقد تناولت هذه المذكرة فحصاً عاماً لقضايا المحكمة ، كما أوضحت المبادئ التي كرستها في خصوص هذا الموضوع ، بحيث أصبح من المقبول أن تختص المحكمة الجنائية بالفصل في جميع العناصر المكونة للجريمة التي عرضت عليها ، لأن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع مما يعني تطبيق هذا المبدأ ما لم يستثنى القانون هذه المسالة بنص صريح من اختصاصه. ولم يبق بعد ذلك إلا البحث في تفسير الحالات التي تلتزم فيها المحكمة الجنائية بوقف الفصل في الدعوى انتظاراً للفصل في المسألة بواسطة محكمة أو سلطة أخرى مختصة بها[٢] وقد ظلت هذه المذكرة سرية لفترة من الزمن ، إلى أن صدرت فكانت بمثابة مرجع ترجع المحاكم إليها، وترجع سريتها في هذه الفترة إلى أن المادة ٥ من القانون المدني الفرنسي كانت تمنع القاضي من إصدار أحكام لها العمومية أو فتاوى في أمور لم تعرض عليه بصدد دعوى مرفوعة. كما استلهم المشرع منها بعض القواعد التشريعية الخاصة مثل المادة ١٨٢ من قانون الغابات الصادر في ١٨٢٧ أو المادة ٥٩ من قانون الصيد في الأنهار الصادر في ١٥ أبريل عام ١٨٢٩[٣] ويمكن إجمال هذه المذكـرة في خمس نقاط وذلك على النحو التالي:

أولا: تحديد اختصاص القاضي بالفصل في العقد محل المخالفة " فقرة أولى".

١- أ.د. عبد العظيم وزير. الموضع السابق ص٣١٨

٢- أنظر Ga rraud op - cit. N 620

٣- راجع في تفصيلات هذه المذكرة Merle et vitu op- cit- N.597 Mangin. Paris . N.240 p385 ets

ثانيـا:تحديد نوع العقـد: بينت المذكرة الحالات التي يجب فيـها على المحاكم الجنائية معرفة نوع العقود المنصوص عليها بالمادة ٤٠٨[١] من قانون العقوبات " جريمة خيانة الأمانة " المعدلة وكيفية الفصل فيها إذا ما أنكر الطرف المقدم للمحاكمة وجود العقد محل المخالفة ، سـواء قدم الشاكي العقد أو دليل كتابي يشير إليه ، طبقاً لمبدأ أن كل قاض مختص بالحكم في المسائل التي تثار أمامه بصفة عرضية في الدعوى مع أن هذه المسائل لا تدخل في اختصاصه إذا ما قدمت إليه بصفة أصلية وإلى أن عدم تطبيق هذا المبدأ يحتاج إلى نص وضعي " الفقرتان الثانية والثالثة "[٢].

ثالثا: الدفع بالملكية في جرائم الأموال: عالجت المذكرة حالة الدفع بالملكية العقارية والحقوق العينية والمبدي من المتهم بارتكاب جريمة وقعت على عقار أثناء نظر الدعوى الجنائية ، وقررت بأنه لن يكون هناك دفع فرعي " سابق على الفصل في الدعوى " إلا إذا استند مقدمه على دليل يؤيد الملكية أو يدل عليها ، الفقرات الرابعة والخامسة والسادسة.

رابعا: كيفية فحص المسألة: أوضحت المذكرة كيفية قيام القاضي الجنائي بفحص المسألة لمعرفة ما إذا كان مختصاً بتفسير التصرف أو العقد إذا كان الفصل في الجريمة يعتمد على هذا التفسير " فقرة سابقة ".

خامسا: الحالة الشخصية للأفراد: حددت المذكرة حالات الدفوع المتعلقة بالحالة الشخصية للأفراد كالدفع بالبنوة وغيره من الدفوع الأخرى " الفقرتان الثامنة والتاسعة " وقد ألزمت هذه المذكرة القاضي الجنائي بإيقاف الفصل في الدعوى في مسائل الملكية أو صلاحية الزواج في حالة الزنا أو الزواج بأكثر من امرأة.[٣]

١- عدلت بموجب قانون العقوبات الصادر في فرنسا عام ١٩٩٢ , بحيث أصبحت مواد خيانة الأمانة من المواد ٤٠٦ حتى ٤٠٨عقوبات.

٢- انظر في بيان فقرات المذكرة Delaunay Marlange op- cit p.29

٣- Stefani.L.B. op- cit N 438

وبناء على ذلك فإن مذكرة الرئيس باري قد أتت بصياغة لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع والاستثناءات التي ترد عليه ، وكانت بمثابة المرشد للقضاء لاسيما نص المادة ٣٨٤ إجراءات جنائية فرنسي حيث نص على هذا المبدأ صراحة[١].

٤١- في ظل قانون الإجراءات الفرنسية عام ١٩٥٨:

قنن هذا القانون في المادة ٣٨٤ ، والتي أبقي عليها قانون الإجراءات الفرنسية الحالي ولأول مرة مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع مؤكدا على وجود الدفع الفرعي إذا نص عليه القانون أو تعلق بحق عيني عقاري ، وتنحصر الدفوع الفرعية المؤكدة الآن في القانون الفرنسي في ثلاث: مدنية وإدارية وجنائية. وهكذا كتب لهذا المبدأ قاعدة واستثناء قدر من الاستقرار التشريعي في النظام الإجرائي الراهن[٢]

١-أنظر Cass Crim 24 Mars 1949 S. 1949 221 - Ropport M- pepy, Crim 4 Dec. 1968 B. N 327.

٢- د. عبد العظيم وزير" المرجع السابق " ص ٣١٩ وما بعدها- د.عماد عبد المجيد رسالة الدكتوراه المشار إليها . ص٤٣ .

الفرع الثاني
في القانون المصري

٤٢- تمهيد:

لم يختلف الأمر في مصر عنه في فرنسا اختلافاً ملحوظاً. وذلك منذ قانون تحقيق الجنايات الأهلي عام ١٨٨٣ حتى اليوم وهو ما سوف نوضحه فيما يلي.

٤٣ ـ تطور المبدأ في التشريع المصري:

لم يتضمن قانون تحقيق الجنايات الأهلي الصادر في ١٣ نوفمبر ١٨٨٣ نصاً يقرر هذا المبدأ ، ومع ذلك استقر الفقه والقضاء على وجوب إعماله مقررين بذلك اختصاص القاضي الجنائي بالفصل في المسائل الفرعية التي تعرض عليه ولو كان غير مختص أصلاً بنظرها ما لم يوجد نص صريح يقضي بغير ذلك.[1]

كذلك لم يرد في القانون المصري أي نص بشأن المسائل الفرعية السابقة على الدعوى إلا في المادتين ١٥، ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، والتي نص فيها على المسائل التي لا يختص القاضي الجنائي بالفصل فيها وهي مسائل الأحوال الشخصية والإدارية ، حيث كانت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية تنص على أنه ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر في المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف ولا في مسائل الزواج وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ولا في مسائل الهبة والوصية وغيرها مما يتعلق بالأحوال

١- أ.. علي زكي العرابي- المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية ط ١٩٥١ مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ص٥٧ جندي عبد الملك- الموسوعة الجنائية ط ١٩٣١ ج ١ ص٣٧٥، د.عماد الدين عبد المجيد رسالة الدكتوراه المشار إليها ص٤٤ وما بعدها.

الشخصية ، ولا يجوز لها أيضاً أن تؤل الأحكام التي تصدر فيها من الجهة المختصة بها. أما المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية فقد قررت بأنه " ليس لهذه المحاكم أن تؤل معنى أمر يتعلق بالإدارة ولا أن توقف تنفيذه " وبذلك أخرجت المادتان هذه المسائل من اختصاص القاضي الجنائي ، فإذا توقف الفصل في الدعوى العمومية على الفصل في مسألة من هذه المسائل ، وجب على القاضي الجنائي أن يوقف الفصل في الدعوى العمومية حتى يفصل في هذه المسألة من الجهة المختصة ، وفيما عدا ذلك فإنه يجب على المحكمة الجنائية أن تفصل بنفسها في كافة الدفوع الفرعية التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى العمومية بناء على قاعدة " قاضي الدعوى هو قاضي الدفع".[١]

واستمر الوضع كذلك إلى أن صدر قانون الإجراءات الجنائية الحالي رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠، حيث جاءت المادة ٢٢١ منه في فقرتها الأولى لتنص صراحة على هذا المبدأ بقولها " تختص المحكمة الجنائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها".

أما الدفوع الفرعية السابقة على الدعوى فقد نص المشرع عليها في المادتين ٢٢٢، ٢٢٣ حيث تحدثتا عن المسائل الجنائية والأحوال الشخصية.

وليس لهما مقابل سابق في التقنين المصري حيث تخرجان من اختصاصه إذا توقف الفصل في الدعوى على أي من هاتين المسألتين يوقف القاضي الجنائي الفصل في الدعوى الجنائية إذا توافرت شروط الإيقاف المنصوص عليها في القانون حتى يفصل في هذه المسألة من القاضي المختص.[٢]

كما أكد على هذا المبدأ نص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والتي قررت بأنه " فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها

١- الأستاذ علي زكي العرابي ـ المرجع السابق ص ٥٧ .

٢- عدلت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٣ إجراءات جنائية بموجب القانون ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ بحيث أصبح أمر إيقاف الدعوى الجنائية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية جوازيا وليس وجوبيا كما كان في النص القديم.

مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم عدا ما استثنى بنص خاص" ، وتبين قواعد اختصاص المحاكم في قانون المرافعات وقانون الإجراءات الجنائية ومن ثم يكون المشرع بذلك قد أخذ بهذا المبدأ استجابة لدعوة الفقه والقضاء باعتباره مبدأ أساسياً ومستقراً في الإجراءات الجنائية وإن لم يكن قد نص عليه قبل صدور قانون الإجراءات الحالي ، وذلك لما لهذا المبدأ من أهمية للفصل في الدعوى الجنائية ، نظراً لأن القاضي الجنائي هو صاحب الاختصاص الأصيل في تحري كافة أركان الجريمة المعروضة عليه.[1]

١- د. عبد العظيم مرسي وزير. المرجع السابق ص ٣٢٠ .

المطلب الثانى
مبـــررات المبـــدأ

٤٤- تمهيد وتقسيم:

يمكن إجمال مبررات ظهور هذا المبدأ في الفكر الجنائي في أمرين:

أولهما: يتعلق بصلة المسائل العارضة بمكونات الجريمة.

ثانيهما: يتصل بوحدة القضاءين المدني والجنائي، والرغبة في تحقيق عدالة سريعة

الفرع الأول
صلة المسائل العارضة بمكونات الجريمة

٤٥- تمهيد:

يعتبر من أقوى الأسباب التي أدت إلى ظهور هذا المبدأ هو انتماء هذه المسائل إلى قوانين غير جنائية، إذ تتصل بمكونات الجريمة وبنائها القانوني ونسبتها إلى فاعلها، فهى تمثل عنصراً سابقاً على وقوع الجريمة باعتبارها مفترضاً لها ؛ مثال ذلك عقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة أو الملكية في جريمة سرقة المنقول باعتبار أن العقد والملكية هما من مفترضات هاتين الجريمتين، وتعد هذه المفترضات من الناحية الإجرائية مركزاً أو عنصراً قانونياً أو فعلياً أو واقعة أو صفة قانونية أو فعلية لازمة لقيام الجريمة ؛ بحيث يترتب على تخلفها القول بعدم وجودها، وهي قد تكون سابقة على نشاط الجاني من الناحية الزمنية والمنطقية، وتظل مرتبطة به حتى لحظة توقفه وقد ثار خلاف بين الفقهاء حول وضعها بالنسبة للجريمة ومدى تبعيتها أو استقلالها عن أركانها وهل هي ركن خاص من أركانها أم لا. وقبل بيان ذلك نتعرض للتعريفات التي ظهرت في الفقه المصري لها ابتداء ثم نوضح الخلاف المشار إليه.

٤٦- تعريف المسائل العارضة:

فقد عرفها البعض بأنها مركز أو عنصر يسبق في الوجود قيام الجريمة أو عناصر ارتكابها وهي أسبقية منطقية وزمنية ومن ثم قانونية بحيث يترتب على

تخلف هذا المركز أو ذاك العنصر عدم وجود الجريمة فهي لازمة لوجود الجريمة قانوناً [1] أو أنها عنصر يدخل في تكوين الجريمة ويضمها النموذج القانوني لها مادام يترتب على تخلفها عدم جواز إدراج الواقعة تحت وصف تجريمي ولا يتعارض مع ذلك كونها عناصر تتميز بصفات خاصة وتختلف بالتالي في بعض أحكامها عن العناصر التكوينية العامة[2]. أو هي العنصر الذي يفترض قيامه وقت مباشرة الفاعل نشاطه وبغيره لا يوصف هذا النشاط بعدم المشروعية، وسواء تمثل في مركز قانوني معين أو مادي[3]. وأخيراً عرفت بأنها حالة واقعية أو قانونية يحميها القانون ويفترض توافرها قبل وقوع الجريمة.[4]

أما الفقه في فرنسا فيعرفها بأنها شروط سابقة أو مراكز قانونية أولية أو عناصر تخرج عن بناء الجريمة القانوني وتدخل في تكوينها ولازمة لوجودها من الناحية القانونية وبدونها لا يكون الفعل معاقباً عليه.[5] كما عرفها البعض الآخر بالظروف المركبة وذلك لاقترانها بعناصر أساسية تجعل منه عناصر مركبة، ويكون اتحادها بالعناصر الأساسية ضرورياً لوجود

١- د. عبد العظيم وزير المرجع السابق - ص٧٦ وما بعدها د. عوض محمد ـ قانون العقوبات ـ القسم العام ـ طبعة ثالثة ـ دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ١٩٨٣ فقرة ٣٦ ص٤٩، د. حسنين عبيد ـ مفترضات الجريمة ـ مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ـ سبتمبر وديسمبر ١٩٧٩ مطبعة جامعة القاهرة ٨١ العددان الثالث والرابع ـ فقرة١ ص٥٣٧ حيث يعرفها بأنها " مركز وعنصر قانوني أو فعلي أو واقعة أو صفة قانونية أو فعلية فتعتبر لازمة لقيام الجريمة ويترتب على تخلفها عدم القول بوجودها".

٢- د. آمال عبد الرحيم عثمان ـ مقال ـ النموذج القانوني للجريمة ص٢٥٤ .

٣- د. محمود مصطفى ـ القسم العام ـ ط ١٩٥٥ دار النهضة العربية ـ فقرة ٣٨ ـ ص٤٨ .

٤- د. نجيب حسني ـ قانون العقوبات ـ القسم العام ـ ط١٩٨٠ دار النهضة العربية ـ فقرة ٢٢ ص,٣٩
د. فوزية عبد الستار ـ القسم العام ـ ط١٩٩٢ دار النهضة العربية فقرة ٢١ ص٣٣ .

٥- Robert vouin "precis de droit penal special " 4e ed paris 1976 p.9 N.2, levasseur " cours de droit penal special " paris 1967, 1968. P.9. lombois (cloude) droit penal international 2 ed Dalloz, Paris 1979 N. 255 p. 310.

الجريمة.[1] أو هي الظروف التي تسبق النشاط وتجعله إجرامياً.[2] أو أنها العناصر التي تحدد المجال الذي يمكن لجريمة أن ترتكب فيه.[3]

٤٧- مفترضات الجريمة:

ويتضح من هذه التعريفات أن المفترضات سواء كانت عنصراً أو ظرفاً أو ركناً أو شرطاً في الجريمة، إلا أنها تتفق على دخولها في مكونات الجريمة ولازمة لاكتمال نموذجها القانوني، فهي عنصر لازم لوجودها ويترتب على تخلفها انتفاء وجودها وبراءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه، ومن ثم يعد الدفع بهذه المسائل أو انتفائها بمثابة دفع جوهري وأساسي تلتزم المحكمة بالفصل فيه للفصل في الدعوى الجنائية المطروحة أمامها بما يستتبع ذلك انتفاء الجريمة إذا صح، وبالتالي تظهر أهمية مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، فلا يستطيع القاضي عند فصله في الجريمة التخلي عن الفصل في أي عنصر من العناصر المكونة لأي جهة أخرى وإلا كان ذلك منطوياً على تخليه عن الفصل في الواقعة المنظورة، ما لم ينص المشرع على ذلك صراحة، حيث يكون حكمه في هذه الحالة معيباً ومشوباً بالخطأ القانوني متعيناً نقضه.

٤٨- حالات مفترضات الجريمة:

ونتولى فيما يلي بيان حالات المفترضات لكي يستطيع القاضي أن يتعرف عليها وحتى يكون فصله فيها لازماً وضرورياً للفصل في الدعوى الجنائية، وهي ذات صور عديدة تتمثل إما في وضع أو مركز قانوني، أو تصرف أو إجراء قانوني، أو واقعة قانونية أو صفات قانونية أو مادية، وذلك على التفصيل الآتي:

١- Ortolan "elements de driot penal" tome 1.5e ed 1886. Paris N. 1055 p. 481
٢- Levasseur op. Cit. P.9
٣- Vouin op. Cit N.2 p.9

أولاً : وضع أو مركز قانوني:

يقصد به قيام وضع قانوني معين قبل إتيان الجاني نشاطه الإجرامي، مثال ذلك قيام دعوى بالنسبة لجريمة الإخلال بمقام قاضي أو هيبته أو سلطته في حدود الدعوى المطروحة أمامه " م١٨٦ ع مصري " وبالنسبة لجريمة الشهادة الزور إذ يفترض لقيام هاتين الجريمتين وجود دعوى مطروحة أمام القضاء وهي عبارة عن مركز معين ينظمه قانون الإجراءات الجنائية بناء على ارتكاب جريمة معينة[1] ومن أمثلة ذلك كون المجني عليه مالكاً للمال المسروق م ٣١١ ع مصري، م ١/٣١١ فرنسي[2] وهو بدوره وضع أو مركز قانوني اكتسبه المجني عليه وفقاً لأحد أسباب كسب الملكية التي ينظمها القانون المدني وكذلك وضع اليد بصورة قانونية بالنسبة لجريمة انتهاك حرمة المسكن، إذ ينبغي لقيامها أن يكون هناك من يشغل المسكن بصورة قانونية أيا كان سندها، فإذا لم يكن المسكن محل سيطرة من أحد فلا جريمة ـ م ٣٦٩ مصري.[3]

ثانياً: تصرف أو إجراء قانوني:

يقصد به وجود عمل إرادي أو إجراء قانوني ينتج آثاراً قانونية. والعمل الإرادي قد يكون صادراً عن إرادة منفردة أو عن إرادتين[4]. ومثال الحالة الأولى جريمة استبقاء الجنود تحت السلاح المنصوص عليها في المادة ٩١ عقوبات مصري التي تعاقب بالإعدام " كل من استمر رغم الأمر الصادر له من الحكومة في قيادة عسكرية أياً كانت وكل رئيس قوة استبقى عساكره تحت

١- د. عبد العظيم مرسى وزير الشروط المفترضة المرجع السابق بند ٢٢ ص٦٦ وما بعدها - د. محمود مصطفى ـ المرجع السابق فقرة ٢٢ ص٣٩، د. حسنين عبيد ـ مفترضات الجريمة فقرة ٢ ص٥٣٩، د. عماد عبد المجيد ـ رسالة الدكتوراه المشار إليها ص٥٣ وما بعدها.

٢- قضاء فرنسي

D.S. 1978, 4e chaier P.42 & Cass Crim . 23 Dec.1963, B.N.489, Cass 9 Nov. 1977 Cass 2. Nov. 1979, meme Recuil 1980, 34 Chaier P. 444

نقض جنائي جلسة ٢٢ أبريل ١٩٦٣ س ١٤ ق ٦٦ ص ٣٢٩ .

٣- د. حسنين عبيد ـ الموضع السابق.

٤- د. محمود مصطفى ـ الموضع السابق.

السلاح أو مجتمعة بعد صدور أمر الحكومة بتسريحها" إذ تفترض هذه الجريمة صدور قرار حكومي بتسريح الجنود قبل أن يرتكب القائد جريمته التي يتمثل ركنها المادي في الاستمرار في القيادة واستبقاء الجنود تحت إمرته.[1] ومثال الحالة الثانية جريمة خيانة الأمانة م٣٤١ع مصري م ٤٠٨ ع فرنسي حيث تستلزم كشرط مفترض فيها تسليم المال بناء على عقد من عقود الأمانة التي يحددها المشرع على سبيل الحصر.[2] ونفس الأمر ينطبق بالنسبة لعقد الرهن في جريمة اختلاس الأشياء المرهونة، حيث يعد العقد مفترضاً لوقوع الجريمة ٣٢٣ ع مصري ويعتبر التوقيع على بياض على ورقة مسلمة إلى الفاعل شرطاً مفترضاً في جريمة خيانة الأمانة في الأوراق الممضاة على بياض.[3] أما الإجراء القانوني فهو طريق يرسمه القانون الإجرائي جنائياً كان أو مدنياً تحقيقاً لغرض معين على طريق الخصومة، مثال ذلك قيام الحجز القضائي أو الإداري في جريمة تبديد أو اختلاس الأشياء المحجوزة سواء وقع الفعل من مالكها المعين عليها حارساً م٣٤٢ ع مصري " أو وقع من غير حارسها حتى لو كان مالكاً لها م٣٢٣ ع مصري وتعتبر هذه الجريمة في حكم السرقة أو تفترض قبل اقتراف الجاني فعلته وجود إجراء قانوني صادر عن إحدى السلطتين القضائية أو الإدارية متمثل في وجود الحجز.

ثالثاً: واقعة قانونية أو مادية:

تفترض هذه الصورة أن يكون ارتكاب الجريمة مسبوقاً بوجود واقعة قانونية أو مادية، والواقعة القانونية هي تلك التي يحفل بها القانون ويسبغ عليها وصفاً أو تكييفاً معيناً، مثال ذلك جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من

١- د. حسنين عبيد ـ المرجع السابق ص٥٤١ .

٢- د. عبد العظيم وزير ـ الشروط المفترضة في الجريمة ط١٩٨٣ فقرة ٢٢ ص٦٧.

٣- د. عبد العظيم وزير ـ الموضع السابق. د. محمود مصطفى ـ الموضع السابق.د. حسنين عبيد ـ الموضع السابق. راجع نقض ٢٠ أكتوبر ١٩٦٧ س١٨ ق١٧٩ ص٨٩٥ وقضاء فرنسي
Cass Crim 16 Juin 1969 BN33-Cass29 Juin 1977 D.S.H 1978, 9e chaier p.53-Coursde Versailles 4 Janv; 1980, D.S.H 1980, 32e chaier p.422.

جناية أو جنحة المنصوص عليها في المادة ٤٤ مكرر ع مصري والتي تقرر معاقبة كل من أخفى أشياء مسروقة متحصلة من جناية أو جنحة مع علمه بذلك، كما نصت المادة ٤٤ عقوبات مصري على معاقبة كل من أخفى بنفسه أو بواسطة غيره شخصاً فرٌ بعد القبض عليه أو متهماً بجناية أو جنحة أو صادراً في حقه أمر بالقبض عليه، وكل من أعانه بأي طريقة كانت على الفرار من وجه العدالة ومن أمثلة ذلك أيضاً ما قررته المادة ٢١٤ عقوبات مصري بعقاب كل من استعمل الأوراق المزورة مع علمه بتزويرها وينطبق نفس الأمر بالنسبة لجريمة إخفاء جثة قتيل أو دفنها بدون إخبار الجهات المختصة وقبل الكشف عليها وتحقيق حالة الموت م٢٣٩ ع مصري معدله بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ وهي تفترض بدورها سبق ارتكاب جريمة القتل وهي واقعة قانونية تستمد تكييفها من الشارع الجنائي، أما الواقعة المادية فمثالها كون المجني عليها في جريمة الإجهاض امرأة حبلى والمجني عليه في القتل إنساناً حياً.[١]

رابعاً: صفات قانونية ومادية :

يستلزم القانون في بعض الأحيان توافر صفات معينة لقيام الجريمة سواء كانت مادية أو قانونية، ومثال الأولى: صفة الموظف العام ومن في حكمه في جريمة الرشوة "م١٠٣ ع مصري " وصفة المواطن في جريمة الالتحاق بقوات العدو " م ٤٧٧ " وصفة العسكري بالنسبة للجرائم العسكرية المنصوص عليها في قانون العقوبات العسكرية. أما الصفات المادية فهي تتعلق بخصائص تحكمها المفاهيم الطبية في بعض الأحيان مثل كون الشخص مصاباً أو مريضاً.[٢]

١- د. حسنين عبيد: المرجع السابق ص٥٤٢، ٥٤٣، د. عبد العظيم مرسي وزير: المرجع السابق، فقرة ٢٤ ص ٧٠،٧١ نقض جنائي جلسة ٦ يونيو ١٩٧٦ س٢٧ ق١٣٢ ص٥٩٧.
Cass Crim. 8 juillet 1943 s.n 1944. 1.37.

٢- د. حسنين عبيد – المرجع السابق ص٥٤٤ ، د. عبد العظيم وزير المرجع السابق فقرة ٢٥ ص٧٢، ٧٣ .

٤٩- مدى استقلال أو تبعية المفترضات لأركان الجريمة:

وقد اختلف الفقه في مدى استقلال أو تبعية المفترضات بالصور السالف الإشارة إليها فمنهم من يرى استقلالها عن مكونات الجريمة وأنها لا تدخل ضمن مقوماتها بصفة عامة بحيث لا توجد بدونها، ومن الممكن عزلها عن ركنيها المادي والمعنوي وسائر عناصرها الأخرى لأنها سابقة عليها من الناحية الزمنية والمنطقية، غير أن أنصار هذا الاتجاه إنما يختلفون حول تحديد ما يعتبر من مقومات الجريمة بمثابة جانبها المفترض، وما لا يعتبر كذلك.

وجانب آخر يرى تبعية المفترضات لمكونات الجريمة، ويستند هذا الرأي في تحليل مقومات الجريمة ورد الجانب المفترض إلى إحداهما بحيث لا يعتبر خارجاً عن نموذجها القانوني للجريمة كما حدده القانون، وذلك لأنه لا يعدو أن يكون أحد ملابسات السلوك الإجرامي، فهو لا يخرج عن كونه أحد مقومات الركن المادي للجريمة، وهناك من يرد الجوانب المفترضة إلى المحل القانوني للجريمة بينما يردها البعض إلى أركان الجريمة بصفة عامة دون تحديد لركن بذاته.[١]

٥٠- الخلاصة :

أن المفترضات مهما كان الخلاف الفقهي حول استقلالها أو تبعيتها لأركان الجريمة إلا أنه يتفق على لزومها للوجود القانوني للجريمة، والتي لا تقوم بدونها إذ أنها جزء من نسيجها الذى تطلبه المشرع في النص التجريمي ؛ ومن ثم فإن القاضي عندما يقوم بالفصل فيها والقول بوجودها أو انتفائها إنما هو تحقيق لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، بحيث أنه لو لم يفصل في هذه المسألة يعد تاركاً لمسألة لازمة للفصل في الدعوى المنظورة أمامه. ولا

١- أنظر في بيان تفصيلات هذا الخلاف د. عماد عبد المجيد ـ رسالة الدكتوراه المشار إليها ص٥٦ .

يستقيم الحكم في الدعوى الأصلية بدونها باعتبارها مسألة أولية، تتحدد طبيعة الدفع الإجرائية بها من كون قاضي الدعوى الأصلية هو المختص بالفصل فيها طبقاً للمبدأ المشار إليه، ويتحقق بذلك اكتمال سلطة المحكمة الجنائية على الدعوى المنظورة وذلك بفصلها في كافة عناصرها المتعلقة بوجود الجريمة ومسئولية المتهم عنها مادامت هذه المسائل نابعة أو متفرعة عنها ومتعلقة بالواقعة محل الاتهام.

الفرع الثاني
الارتباط بالتنظيم القضائي

٥١- تمهيد:

بجانب اتصال هذه المسائل بمكونات الجريمة فإن هناك من المبررات الأخرى التي دعت إلى وجود مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع تتعلق بالتنظيم القضائي للدولة، ويمكن إرجاع هذه المبررات إلى مبررين هما : مبدأ وحدة القضاءين المدني والجنائي وسرعة تحقيق العدالة الجنائية وهو ما سوف نوضحه تباعاً.

٥٢- مبدأ وحدة القضاءين المدني والجنائي:

لهذا المبدأ مدلوله في كل من القانونين الفرنسي والمصري نتولى بيانه فى كل منهما ثم تقييم المبدأ بصفة عامة على النحو التالى:

١- مدلول الوحدة ومظاهرها:

يقصد بمبدأ وحدة القضاء أن يقوم نفس القضاة بالفصل بالتناوب في القضايا المدنية والجنائية، بحيث يشكل القضاء المدني والجنائي نظاماً قضائياً واحداً، ويختلط كل منهما مع الآخر بحيث يكون لهما نفس التكوين المهني بما يسمح للقاضي الجنائي مثلاً بالفصل في قضايا القانون المدني وتظهر هذه الوحدة بوضوح في نفس المادة ٣ من قانون الإجراءات الفرنسي والمادة ٢٥١ إجراءات مصري حيث تسمحان بممارسة الدعوى المدنية في نفس الوقت مع

الدعوى العمومية أمام القضاء الجنائي.[1]

أ) في القانون الفرنسي:

أكد قانون تحقيق الجنايات لسنة ١٨٠٨ على هذه القاعدة، وكذلك قوانين تنظيم القضاء. ثم أعادها قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٥٨، والأوامر القضائية الخاصة بالإصلاح القضائي وتقنين التنظيم القضائي لسنة ١٩٧٨ النص عليها بحيث تكون المحاكم مشكلة من نفس القضاة الذين يقومون بأعمال القضاء المدني والجنائي. وبالرغم من أن العمل في الفرعين المدني والجنائي لا يتطلب نفس الاستعدادات والمعلومات والأساليب والإجراءات إلا أن القضاة أنفسهم طبقاً لهذا المبدأ هم الذين يفصلون مرة في القضايا الجنائية وأخرى في القضايا المدنية، ويتم اختيارهم بنفس الطريقة دون تفرقة ويخضعون لهيئة تفتيش واحدة.[2]

وقد طبقت هذه القاعدة في التنظيم القضائي الفرنسي على النحو التالي:

١- القاضي الفرد يكون قاضياً مدنياً وقاضياً للمخالفات م٢٥٣ إجراءات جنائية ".

٢- المحكمة الابتدائية تكون في نفس الوقت كذلك محكمة مدنية ومحكمة جنح " م ٣٨١ إجراءات جنائية "

٣- يرأس محكمة الجنايات مستشار من محكمة الاستئناف، وهذا النوع من القضاة يتضمن وجود محلفين لا يشتركون في الحكم في المسائل المدنية.[3]

وهناك عدة استثناءات لهذا المبدأ في التنظيم القضائي الفرنسي أهمها فيما يتعلق بمحكمة النقض، حيث يوجد تخصص دائم، فيوجد قضاة متخصصون

١- Stefani L.B op cit N.18, 434, Delaunay Marlange op- cit- p.3.

٢- Stefani L.B op- cit - N.20,

٣- د.عماد عبد المجيد ـ رسالة الدكتوراه المشار إليها ص٥٩ .

بالفصل في القضايا الجنائية والمدنية. وقد يكون التخصص مؤقتاً في مرحلة التحقيق، وذلك بانتداب قضاة التحقيق في هذا العمل وأيضاً في مرحلة الحكم كمرحلة الاستئناف، وذلك لأن استئناف أحكام محكمة الجنح يقدم لدائرة متخصصة، وهي دائرة الجنح المستأنفة " م٥١٠ أ.ج "ويرى الفقهاء أن هذه الاستثناءات لمبدأ وحدة القضاء المدني والجنائي هي في حقيقتها ظاهرية فقط استناداً إلى سببين يتعلق أولهما بوجود قاعدة للتنقلات السنوية للقضاة من دائرة لأخرى، ويتصل ثانيهما بتلك التنقلات التي تحدث للقضاة في أي لحظة من دائرة لأخرى مدنية أو جنائية قبل أو بعد الحركة القضائية. مما دفع بعض الفقه إلى المطالبة بوضع نظام يضمن بقاء القضاة أطول مدة في وظائفهم المتخصصة مع الحد من التنقلات بين الدوائر المختلفة مدنية أو جنائية.[١]

ب) في القانون المصري:

أخذ القانون المصري عن نظيره الفرنسي حيث يقوم على وحدة القضاءين الجنائي والمدني، فكل منهما يتناوب الفصل في القضايا المدنية والجنائية كقاعدة حيث نجد المحاكم الجزئية أو المحاكم الابتدائية لا يتخصص قضاتها في نوع معين من القضايا " ٩، ١٠ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فهم قضاة المدني والجنائي في نفس الوقت وهو ما ينطبق أيضاً على محاكم الاستئناف والمؤلفة من عدد من المستشارين - مادة ٦ من قانون السلطة القضائية والنقض م٣ من قانون السلطة القضائية ". والتشريع المصري على الرغم من تقنينه نظام تخصص القضاء في المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية إلا أنه لم يوضع حتى الآن موضع التنفيذ.[٢]

١- Bouzat (Pierre) et Pinatel (Jean) traité de droit pénal et de criminalagie 1963. N 1121

٢- د. نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية طبعة ١٩٨٨ فقرة ٤٣٣ ص,٣٩٢ د. عماد عبد المجيد - رسالة الدكتوراه السالف الإشارة إليها ص٦٠.

٢- تقييم المبدأ:

لا ريب فيما يحققه هذا المبدأ من فوائد مؤكدة منها أنه يحقق قيام تنظيم قضائي أكثر اقتصاداً، فضلاً عن أنه يمنع قضاة الجنائي من اكتساب عقلية يغلب عليها الأسلوب الجنائي ويجعلهم على اتصال مستمر بالقانون المدني حتى لا يتحولوا مع الزمن إلى آلات توزيع للعقوبات. ومع ذلك فقد تعرض هذا المبدأ للانتقاد من عدة نواح:

أولاً: من جانب[1] أنصار المذهب الواقعي وعلماء الإجرام الذين يطالبون بقضاة متخصصين للفصل في القضايا الجنائية لا يلمون فحسب بالقانون الجنائي بل بعلم الإجرام أيضا، لأن الظاهرة الجنائية لا ينظر إليها من وجهة نظر القاضي المجردة ولكن في أسبابها الحقيقية وفي شكلها الفسيولوجي والنفساني وحتى الاجتماعي.[2]

ثانيا: أن القضاءين المدني والجنائي لا ينبعان من نفس العقلية ولا يتبعان ذات المنهج، ومن ثم لا يتطلبان نفس الاستعداد ولا ذات المعلومات. إذ يجب على القاضي معرفة المتهم معرفة دقيقة من حيث شخصيته وطبيعته وعقليته ووسطه الاجتماعي والعائلي وهو بمثابة التزام أساسي لأن الحكم يكون على شخص المتهم أكثر مما هو على الجريمة.

ثالثا: أن التخصص يحقق وجود قضاة جنائيين متخصصين حاصلين على تعليم متعمق ليس فحسب في القانون الجنائي ولكن في علوم أخرى مساعدة مثل علم الإجرام والطب، ويتم إعدادهم في المعاهد الجنائية.[3]

١- د. عبد العظيم مرسي وزير - دور القضاء في تنفيذ الجزاءات - رسالة دكتوراه - ص١٦٧ وما بعدها حتى ص١٧٩.

٢- Stefani L.B. op. cit. N.21.

٣- Bouzat op. cit. N . 1121

ويرى جانب من الفقه[1] - ونحن نؤيده - أنه إذا كان لمبدأ تخصص القضاة أهميته وأثره في تحقيق العدالة إلا أنه من الضروري والمهم أن يلم القاضي بكافة أفرع القانون المختلفة والتي تساعده على تنمية قدراته وملكته القانونية لكي يكون قادراً على الفصل في أية مسألة تعرض له أثناء نظره لمختلف أنواع المنازعات والوقائع، ومن ثم يكون التخصص بالقدر الذي لا يحول بينه وبين نظر باقي المسائل المدنية أو الأفرع القانونية الأخرى بصفة مستمرة. وحتى لا يكون هناك فائض من القضاة في تخصص بعينه وعجز في نوع آخر، حيث يفضل الكثير من القضاة العمل في تخصص معين كالقضاء الجنائي مثلاً والعزوف عن العمل بباقي التخصصات الأخرى كالقضاء المدني والأحوال الشخصية وغير ذلك من التخصصات التي تستلزم خبرة واسعة ودراية بكافة القواعد القانونية التي تحكمها، وما يعين القاضي على القضاء فيها من قوانين المرافعات والإثبات. لاسيما وأن القضاء في مصر يعاني من نقص شديد في عدد قضاته، بالمقارنة لعدد القضايا المعروضة عليه وهو ما يعد في حقيقته مشكلة كبيرة يصعب حلها في الوقت الحالي.

٥٣- سرعة تحقيق العدالة الجنائية:

يعد هذا المبدأ المبرر الثاني لقاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع ونوضح فيما يلي ماهيته وتبريره، ودوره في تحقيق العدالة الجنائية.

١) ماهية المبدأ وتبريره:

يعتبر مبدأ سرعة تحقيق العدالة الجنائية أحد المبادئ العامة التي يلزم القاضي بمراعاتها، وتمثل إطاراً عاماً للمحاكمة القانونية المنصفة، ويقصد به سرعة الفصل في الدعوى على نحو يحقق الردع العام وإظهار الحقيقة.

وقد أفصحت عن هذا المبدأ المادة ١/٦٨ من الدستور المصري بقولها أن

١- د. عماد عبد المجيد ـ رسالة الدكتوراه المشار إليها ص٦١.

"الدولة تكفل سرعة الفصل في الدعاوى"، كما نصت عليه المادة ١٣/١٤ أ.ج من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بقولها " أن لكل فرد عند النظر في أية تهمة جنائية ضده الحق في أن تجري محاكمته دون تأخير زائد عن المعقول"، ونصت المادة ١/٦ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان على وجوب أن تجري المحاكمة خلال وقت معتدل ويستند هذا المبدأ إلى كل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة بالمتهم، أما عن الأولى ؛ فهي تقتضي سرعة الانتهاء من المحاكمة الجنائية تحقيقاً للردع العام الذي يتوخاه العقاب، وهو أمر يتطلب السرعة في توقيعه بعد وقوع الجريمة، هذا بالإضافة إلى عدم فاعلية الردع الخاص وإعادة تأهيل المجرم لأن التأخير في ذلك يضعف جدواه، هذا إلى جانب ما تتكبده الدولة من نفقات بسبب طول الإجراءات، وبالنسبة للثانية فهي تتوافر من وضع حد للآلام التي يتعرض لها بسبب وضعه موضع الاتهام مما يمس شرفه واعتباره وقدره بين الناس، وخاصة في ضوء علانية إجراءات المحاكمة، وهي آلام نفسية تلحق به وبأسرته، كما أن انتظار المتهم وقتاً طويلاً للمحاكمة قد يؤدي إلى إصابة الشهود بالنسيان مما يؤثر في معرفة الحقيقة، ولا يعني هذا المبدأ التسرع في المحاكمة، فذاك عيب قد يؤذي المتهم لأنه يحتاج إلى وقت لإعداد دفاعه، ولهذا فإن السرعة المطلوبة للفصل في الدعوى هي تلك السرعة المعقولة، وهي تكون كذلك إذا تمت في ميعاد معقول، حسب كل قضية على حده، فهي معقولية تتعلق بالوقائع، ويقع على عاتق قاضي الموضوع تقدير عنصر الواقعة وطبيعتها التي يتوقف عليها ميعاد معقول للفصل في الدعوى ويسهم بالإضافة إلى ذلك سلوك أطراف الدعوى، المتهم والادعاء في التعاون مع المحكمة لسرعة الفصل في الدعوى.[1]

٢) دوره في تحقيق العدالة الجنائية:

مما لاشك فيه أن اختصاص القاضي الجنائي بمسائل فرعية ليست داخله في

١- راجع د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية دار النهضة العربية. القاهرة ١٩٩٣ ص٣٥٦ وما بعدها.

اختصاصه أصلاً طبقاً لهذا المبدأ إنما يحقق عدالة جنائية وسريعة للاعتبارين الآتيين:[1]

أولا ضمانة سرعة الفصل فى الجريمة المقامة عنها الدعوى:

إذ هو يمنع إيقافها أو عرقلة السير فيها لأنه لو سمح بإحالة الدفع بالمسألة للجهة القضائية المختصة بنظرها بحسب القواعد الأصلية فى الاختصاص مما يمكن المتهم من إطالة أحد إجراءات نظر الدعوى وعرقلتها، على نحو يحول دون سرعة الفصل فى الدعوى، وضمان احترام قواعد القانون الجنائى وأيضا إصلاح الاضطراب الذى أوقعه الجانى بالمجتمع بسرعة توقيع العقاب عليه، وتعويض المضرور عما لحقه من ضرر، فمن الملائم تجنب أى تأخير فى النطق بالحكم الجنائى، وهو الأمر الذى قد يؤدى إلى إضعاف فاعلية الحكم بالقدر الذى يباعد به الزمن بين وقوع الجريمة وصدور الحكم فيها.

ثانيا: تحقيقه عدالة على نحو أفضل:

وذلك لأنه يحافظ على وحدة الدعوى الجنائية وعدم تفتيتها بما يتيحه للقاضي من سلطة الفصل وتحديد جميع أركان الجريمة وعناصرها، والنظر في مختلف الدفوع التي تثار بشأنها، فحسن سير العدالة الجنائية وسرعتها يقتضيان تخويل القاضي الجنائي سلطة الفصل في كل مسألة يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية المعروضة عليه.

وحصيلة القول، أن دخول المفترضات كأحد مكونات الجريمة اللازمة لقيامها مع الرغبة في تحقيق عدالة سريعة كاملة يعد من المبررات الأساسية التي أدت إلى ظهور هذا المبدأ وتطوره إلى الوضع الذي هو عليه في تشريعنا الراهن.

١- Stefani B.op. cit. N436, Delaunay Morlange op. Cit N.7, Michele laure rassat " Procêdure Penal. Paris 1990 N 97, jean larguier." Droit penal general et procedure penal 8e ed Dalloz 1979p.124

د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق فقرة ٤٣٣، ص٣٩٢، د. عبد العظيم مرسي وزير: المرجع السابق فقرة ١٢٥ ص٣١٦، د. علي عبد القادر القهوجي: المسألة العارضة ص ١ .

المبحث الثاني
خصائص مبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع

٥٤- تمهيد وتقسيم:

ينهض مبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع على اختصاص القاضي الجنائي بنظر المسائل التي تعرض عليه وتخرج بحسب الأصل من اختصاصه وذلك لما قدمناه من مبررات. وتكمن خصائص هذا المبدأ في أمرين:

أولهما: هو التزامه بالفصل في هذه المسائل لدخولها في اختصاصه عند نظر الدعوى المعروضة أمامه.

ثانيهما: هو أن تعرضه لها يكون بصفة عرضية، وليست أساسية وسوف نتحدث عن هاتين الصفتين، الإلزامية والعرضية تباعاً في مطلبين متواليين.

المطلب الأول
الصفة الإلزامية

٥٥- مصدر الصفة ٥٦- أحكام الصفة الإلزامية

٥٥- مصدر الصفة الإلزامية لمبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع:

يرجع مصدر الصفة الإلزامية لمبدأ " قاضي الدعوى قاضي الدفع " إلى نص القانون، وما استقر عليه القضاء في أحكامه العديدة من وجوب هذا الإلزام على المحكمة الجنائية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض " بأن القاضي الجنائي يفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية، لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وليس عليه أن يوقف الفصل فيها تربصاً لما عسى أن يصدر من أية محكمة غير جنائية من محاكم السلطة القضائية أو من أية جهة أخرى، وهو لا يتقيد بأي قرار أو حكم يصدر فيها، اللهم إلا بحكم قد صدر فعلاً من محكمة الأحوال الشخصية في حدود اختصاصها في المسألة التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية فحسب، وفقاً لنص المادة ٤٥٨ إجراءات جنائية.[١]

كما قضى بأن " المحكمة الجنائية تختص بموجب المادة ٢٢١ إجراءات جنائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "[٢] ويستوي في هذه المسائل التي تلتزم المحكمة الجنائية بالحكم فيها أن تكون مدنية أو تجارية أو متعلقة بقانون المرافعات أو بتشريعات خاصة.

١- نقض جنائى جلسة ١٧ اكتوبر ١٩٩١ س٤٢ ق ١٣٨ ص١٠٠٤، ٩ اكتوبر ١٩٧٧ س٢٨ ق١٧٠ ص٨١٨، ٢٣ نوفمبر ١٩٧٥ س٢٦ ق١٥٩ ص٧١٨ .
٢- نقض جنائى ١٤ أبريل ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض س٣٤ ق ١٠٩ ص٥٦١ .

وقد اتجه القضاء الفرنسي أيضاً إلى إلزام المحكمة بالفصل فيما يطرح عليها من مسائل فرعية " بالمعنى الواسع " إلا إذا تعلقت بالملكية أو بحق عيني عقاري، فلا تنظرها المحكمة، أو إذا نص القانون على خلاف ذلك فيتعين على المحكمة الفصل في طبيعة العقد في جريمة خيانة الأمانة وبوجوده.[١] وفي مسألة ملكية المنقول للمتهم في جريمة السرقة.[٢] وحقوق الدائنية ولو كان موضوعها عقاراً[٣]. وهو ما أفصحت عنه محكمة النقض الفرنسية بقولها " أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، إلا إذا قام على حق ملكية أو حق عيني أو لم يعط القانون حق الفصل فيه إلى قاض آخر".[٤]

٥٦- أحكام الصفة الإلزامية:

وبناء عليه فإن الصفة الإلزامية لهذا المبدأ إنما ترجع على ما سلف القول أولاً إلى نص القانون، وثانياً ما استقر عليه قضاء المحاكم في أحكامها العديدة من وجوب هذا الإلزام على المحكمة الجنائية. ويتميز الدفع المبدي في هذه المسائل بأنه ذو طبيعة جوهرية لأنه يتعلق بأمرين شأنه شأن سائر الدفوع. الأول: احترام حقوق الدفاع. والثاني: هو التزام المحكمة بالتسبيب على ما سيرد الإشارة إليه في موضعه.

ومثال ذلك أن يدفع المتهم بأنه ليس مديناً أو حائزاً في جريمة اختلاس الأشياء المحجوزة التي يجب لانعقاد الحجز تعيين حارس على الأشياء المحجوزة، إلا إذا كان المدين أو الحائز حاضراً أو كلف بالحراسة.[٥]

ويعتبر التزام المحكمة الجنائية بالفصل في هذه المسائل بحسب الأصل

١- Cass 12 Fev. 1848, 28 janv. 1870 B.N.23

٢- Cass Crim 30 Janvier 1973 B.N 52 op. 1973 Cass Crim 27 Nov. 1984 B.N. 372, Crim 27 fevrier 1985 B.N 98

٣- Cass Crim 29 juin 1917, 1. 36

٤- Cass Crim 29 Oct. 1917 B.N. 297 Cass Crim 4 Dec. 1968 B.N. 327

٥- نقض جنائي جلسة ٢٨ يناير ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض س٣٢ ق١٤ ص١٠٩ .

وجوبياً، فإذا كانت الجريمة المطروحة على المحكمة الجنائية يتطلب الفصل بيان حكم القانون في مسألة عارضة يحكمها القانون المدني أو القانون التجاري أو قانون المرافعات، فإنه يتعين على المحكمة الجنائية أن تفصل في تلك المسالة ولا يجوز لها أن توقف الدعوى انتظاراً للفصل فيها من محكمة أخرى. فإن هي فعلت ذلك كان قضاؤها متعين الإلغاء، لأن حكم القانون في هذه الحالة ملزم للمحكمة.[1]

والخلاصة أن الصفة الإلزامية تتميز بأمرين، الأول: هو الجوهرية، والثاني: هو الوجوب، بحيث تلتزم المحكمة بالفصل فيما يعرض عليها من مسائل تكون لازمة للفصل في الدعوى.

١- راجع نقض جنائي جلسة ١٤ ابريل ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض س٣٤ ق١٠٩ ص٥٦١ سالف الإشارة إليه.

المطلب الثاني
الصفة العارضة

٥٧- تمهيد　　٥٨- مصدر الصفة العارضة　　٥٩- أحكامها

٥٧- تمهيد:

تعني الصفة العرضية لهذا المبدأ أن الفصل في هذه المسائل إنما يكون عارضاً أثناء نظر القاضي الجنائي للدعوى الجنائية، فلا يختص القاضي بنظرها إذا ما رفعت إليه استقلالاً عن الدعوى الجنائية وأنها تثار أساساً في شكل دفع أثناء نظر الدعوى وليست محل مرافعة أو حكم منفصل عن موضوعها ويجب الفصل فيها مع الجريمة في نفس الوقت، نظراً لأنها عنصر فيها.

٥٨- مصدر الصفة العرضية:

ترجع الصفة العرضية لهذه المسائل إلى نصوص القانون المصري ٢٢١أ.ج والفرنسي " م٣٨٤ أ.ج " وإلى أحكام القضاء، وقد قضى بأنه " على القاضي الجنائي إذا كان الحكم في الدعوى يتوقف على الفصل في مسألة أن يفصل فيها دون انتظار الفصل فيها من الجهة المختصة" كما قضى بأنه " لمحكمة الموضوع وهي بصدد البحث في تهمة تبديد الأقطان المنسوبة إلى المتهم سلطة تفسير العقود التي بموجبها سلمت هذه الأقطان للوصول إلى مقصود المتعاقدين منها مستعينة في ذلك بظروف الدعوى وملابساتها، إلى جانب نصوص تلك العقود.[1]

١- نقض فرنسي
Cass Crim 5 Nov. 1975 B. N240 25 Fev. Et 60 ct 1967 B.N. 72, et - 284, 4 Oct - 1977 B.N. 287

٥٩- أحكام الصفة العرضية:

تقوم أحكام الصفة العرضية على أمرين، يتعلق أولها بعدم اختصاص القاضي الجنائي بهذه المسائل. ويتصل ثانيها بكونها غير جنائية.

أولاً: عدم اختصاص القاضي الجنائي بهذه المسائل، لا يختص القاضي الجنائي بنظر هذه المسائل إذا ما عرضت عليه كدعوى أساسية أو مستقلة عن الجريمة المطروحة أمامه، إذ إن القاضي الجنائي لا يفصل في مسألة لا تدخل في ولايته أو اختصاصه إلا إذا كانت مسألة فرعية أو عارضة.[1]

ويذهب الفقه إلى أن هذه القاعدة تحقق اكتمال سلطة المحكمة الجنائية على الدعوى المنظورة، وذلك بفصلها في كافة عناصرها المتعلقة بوجود الجريمة ومسئولية المتهم عنها، مادامت هذه المسائل نابعة أو متفرعة عنها، ومتعلقة بالواقعة محل الاتهام وبحيث يتبع في إثباتها نفس قواعد الإثبات المقررة في القانون الذي تنتمي إليه كما لو كانت معروضة أمامه.[2] وقد قررت محكمة النقض المصرية " بأن على القاضي الجنائي الفصل في أمر الملكية إذا ثار النزاع حولها في جريمة السرقة باعتبارها مسألة عارضة يختص بها أثناء نظره الجريمة بشكل عارض وليس أساسياً إذا ما ثار النزاع حول هذه الملكية، لأنه ضروري للبت في الدعوى الجنائية والفصل في طبيعة العلاقة بين المتهم والمجنى عليه عما إذا كانت علاقة بيع أو عقد من عقود الائتمان.[3]

ثانياً: أنها غير جنائية: لهذه المسائل العارضة طبيعة غير جنائية سواء كانت مدنية أو تجارية أو دولية أو إدارية ويترتب على هذه الصفة العارضة أنه

١- د.محمود مصطفى: الإجراءات المرجع السابق - ص ٣٦٩ ، د. مأمون سلامه: قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام محكمة النقض. طبعة أولى - دار الفكر العربى - القاهرة ١٩٨٠ ص٥٥٧ .

٢- د. عماد عبد المجيد: رسالة الدكتوراه المشار إليها ص٧٥ .

٣- نقض جنائى جلسة ١ اكتوبر ١٩٧٩ س ٣٠ ق١٥٦ ص٧٤٢ .

يجب على القاضي الجنائي الفصل في جميع هذه المسائل الغير جنائية إذا أثيرت أمامه، ولا يستطيع أن يقضي فيها لو رفعت أمامه بدعوى مستقلة، وعليه أن يحكم بعدم اختصاصه، فمدخل اختصاصه بها هو كونها عارضة وليست مقامة بدعوى مبتدأة أمامه، كما تخول هذه الخصيصة الهامة لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، القاضي الجنائي صلاحية امتداد اختصاصه بنظر مسائل غير جنائية لا يختص بها أصلاً إلا عندما تكون عارضة.

والخلاصة أن مبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع ذو صفتين هما الإلزامية والعرضية.

المبحث الثالث
التفرقة بين المسائل الأولية والمسائل الفرعية

٦٠- تمهيد وتقسيم:

الدفوع التي تبدي أمام القاضي الجنائي ليست دائماً من طبيعة واحدة، وقد تعتبر دفوع تتعلق بمسائل أولية أو تتعلق بمسائل فرعية، وقد اختلف الفقه سواء في فرنسا أو مصر في اتخاذ موقف موحد إزاء هذه المسألة، وفي بيان معيار محدد للتفرقة بينها. وسوف نعرض لكلا الموقفين فى الفقه الفرنسى والفقه المصرى فى مطلبين على التوالى.

المطلب الأول
في الفقه الفرنسي

٦١- المعيار الموضوعي ٦٢- المعيار الشكلي

ظهر في الفقه الفرنسي معياران للتفرقة بين المسائل الأولية والمسائل الفرعية، أولهما: موضوعي يتعلق بطبيعة الدفع المثار ونوعية المسألة التي يثيرها، وهل هي أولية أم فرعية. وثانيهما: شكلي يتعلق بجهة الاختصاص التي تتولى الفصل فيه.

٦١- المعيار الموضوعي:

يقوم هذا المعيار على أساس طبيعة المسألة محل الدفع وموضوعها[١] فتكون أولية إذا كانت لا تتعلق بالجريمة أو أركانها، وإنما تتعلق بالدعوى الجنائية فتسعى إلى الحكم فيها بعدم قبول الدعوى الجنائية بصفة نهائية، كالدفع بعدم الاختصاص والدفع بالتقادم والدفع بحجية الشيء المقضي فيه أو الدفع بصدور عفو شامل في هذه المسائل الأولية، فالقاضي المختص بالدعوى هو بالضرورة القاضي المختص بالدفع دون أن يكون هناك محل لإيقاف الدعوى للفصل في الدفع بمعنى أن قاضي الدعوى يختص بالدفع حتى ولو كانت المسألة المثارة ذات طبيعة جنائية طالما أنها تسعى للحكم في أمر يتعلق بقبول الدعوى الجنائية بصفة نهائية.[٢]

أما المسائل الفرعية وفقاً لهذا المعيار، فهي تلك التي يفصل فيها قبل الفصل في المسألة الأساسية وتتطلب الإحالة إلى قاض آخر أو حكماً

١- أ.د عبد العظيم مرسي وزير. الشروط المفترضة في الجريمة.
المرجع السابق ص٣٠١ بند ١٢٠ وما بعدها.
٢- د. عبد العظيم وزير الموضع السابق ص ٣٠٢ . Marlange op.cit p.10

منفصلاً.[1] وهي في ذات الوقت يجب أن يتوافر شرطان فيها الأول: أن تنتج عن وقائع سابقة على الجريمة المعروضة على المحكمة. والثاني أن يتوقف تقدير هذه الوقائع على وقائع أو مسائل مستقلة عن الجريمة.
وتتميز المسائل الفرعية عن المسائل الأولية وفقاً لهذا المعيار بأمرين:

١- أن الدفع بالمسألة الفرعية إن صح ترتب عليه تقويض بنيان الجريمة وإن صح الدفع بالمسألة الأولية، فإن الذي يترتب عليه هو عدم قبول الدعوى أي أن القاضي لا يخوض بعد قبول الدفع في وجود أو عدم وجود الجريمة.[2]

٢- الفصل في الدفع بالمسألة الفرعية يلزم أن يفصل فيه على حده بعكس الفصل في المسألة الأولية حيث يفصل فيه القاضي وهو بمعرض فحص ولايته بنظر الدعوى.[3]

وتنقسم المسائل الفرعية بحسب هذا المعيار إلى نوعين:

١- مسائل فرعية تسبق الدعوى

Questions prejudicielles a L'action

٢- ومسائل فرعية تسبق الحكم

Questions prejudicielles au jugement [4]

١- المسائل الفرعية السابقة على الدعوى:

وتكون هذه المسائل بمثابة عقبة أمام قبول الدعوى الجنائية طالما أنها لم تحل بمعرفة القاضي المختص، فإذا رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية بدون حل لهذه المسألة، وجب على القاضي الجنائي أن يقضي بعدم

١- Questions prejudicielles au jugement Dalloz N.1 p. 609, N.13 p. 612

٢- د. نجيب حسني شرح قانون الإجراءات الجنائية ط١٩٨٢ دار النهضة العربية فقرة ٤٣٧ ص٤٠٨ .
د. عبدالعظيم مرسي وزير المرجع السابق ص٣٠٢ .

٣- Garraud op. Cit p. 810 N.608

٤- Delaunay Marlange p.1,2.

القبول من تلقاء نفسه، ومن هنا يتضح أن الفرق بين المسألة الأولية والمسألة الفرعية السابقة على الفصل في الدعوى أن عدم القبول في الأولى يكون نهائياً بينما في الثانية لا تكون نهائية ويجوز معاودة رفع الدعوى الجنائية مرة أخرى بعد أن يكون قد فصل في المسألة الفرعية السابقة على الدعوى من جهة الاختصاص كمسألة البنوة في جريمة إخفاء النسب، ومسألة بطلان الزواج في جريمة المادة ٢/٣٥٦ عقوبات فرنسي التي تنص على أنه " إذا تزوج القاصر بمن خطفه فلا يحاكم المتهم إلا بناء على شكوى من الأشخاص ذوي الصفة في المطالبة بإبطال الزواج ". ففي الجريمة الأولى لا يمكن الفصل في الدعوى الجنائية إلا بعد صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي حول النسب، فإذا لم تكن هذه المسألة قد حسمت فإن الدعوى الجنائية تكون غير مقبولة مؤقتاً ويعود للقاضي صلاحيته للفصل فيها بعد أن يصبح الحكم في النسب نهائياً.[1]

٢- المسائل الفرعية السابقة على الحكم:

وتفترض هذه الطائفة من المسائل الفرعية أن المحكمة الجنائية اختصت اختصاصاً صحيحاً بالدعوى الجنائية، ثم عرضت لها مسألة عارضة لا تدخل في نطاق القوانين الجنائية ويلزم أن تقول المحكمة كلمتها فيها لأنها تعد بمثابة وسائل دفاع تنصب على موضوع النزاع وتسعى لنفي وجود الجريمة. وعلى ذلك يمكن التفرقة وفقاً للقانون الفرنسي بين نوعين من المسائل الفرعية السابقة على الحكم: النوع الأول ويدخل في اختصاص القاضي الجنائي ويجري تقديره وفقاً لقاعدة قاضي الدعوى قاضي الدفع سالف الإشارة إليها. والنوع الثاني: يخرج من اختصاص القاضي الجنائي ويستتبع التحدث بشأنه أمام المحكمة إيقاف الفصل في الدعوى الجنائية انتظاراً للفصل في المسألة الفرعية بمعرفة قاضيها المختص وهذا النوع من المسائل[2] الفرعية ينبغي النص عليه صراحة (مادة ٣٨٤ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي).

١- د. عبد العظيم مرسي وزير - الشروط المفترضة في الجريمة - سالف الإشارة إليه. ص٣٠٥ وما بعدها.

٢- Delaunay marlange p. 1,2.

٦٢- المعيار الشكلي:

ويقوم هذا المعيار على أساس أنه لا خلاف بين ما يعد مسائل أولية أو فرعية، ولكن يكون التمييز بينها بحسب الجهة القضائية التي تفصل في أي منها، فالمسائل الفرعية وفقاً لهذا المعيار هي مسائل غير جنائية تنتمي إلى فروع القانون الأخرى ولكن الذي يميز بينها هو أن المسائل الأولية هي الطائفة العامة التي تضم كل المسائل التي تدخل في اختصاص القاضي الجنائي وينطبق عليها مبدأ " قاضي الدعوى قاضي الدفع " السالف الإشارة إليه تفصيلاً[١]. أما المسائل الفرعية فتمثل الاستثناء وتضم المسائل الفرعية بالمعنى الدقيق وهي المسائل التي يجب حلها بمعرفة جهة قضائية أخرى، ويجري تقسيم هذه المسائل الفرعية إلى فرعية سابقة على الدعوى ومسائل فرعية سابقة على الحكم على النحو السابق إيضاحه، فتكون المسائل الفرعية السابقة على الدعوى بمثابة عقبه في سبيل ممارسة الدعوى الجنائية طالما أنها لم تحل، بمعنى أن الاختصاص لا ينعقد للمحكمة الجنائية إلا بعد حل المسألة الفرعية السابقة على الدعوى بمعرفة القاضي المختص، وتكون المسائل الفرعية السابقة على الحكم بمثابة دفوع فرعية تبدي أمام القاضي الجنائي بعد أن يكون قد اختص اختصاصاً صحيحاً بالدعوى ويترتب عليها فقط إمكان إيقاف الدعوى الجنائية إلى حين الفصل فيها بمعرفة القاضي المختص وهي لا تتقرر بنص صريح، وهكذا تكون المسائل الفرعية بنوعيها خروجاً على مبدأ " قاضي الدعوى قاضي الدفع " والفارق بينهما في الحالتين، يحكم القاضي في الأولى بعدم القبول وفي الثانية يحكم بالإيقاف.[٢]

١- أ.د عبد العظيم وزير المرجع السابق ص٣٠٦ .

٢- Stefani, levasoeur et Bouloc . "procêdure penale " 1980 No. 426 p. 442.

المطلب الثاني
في الفقه المصري

ظهرت في الفقه المصري معايير للتفرقة بين المسائل الأولية والمسائل الفرعية الأول شكلى، والثانى موضوعى، والثالث يجمع بين المعيار الشكلى والمعيار الموضوعى والرابع يعتبرها مسائل عارضة. وسوف نعرض لكل منها ثم نعرض رأينا فى الموضوع.

٦٣- المعيار الشكلي:

السائد في الفقه الجنائي المصري هو تأثره بالمعيار الشكلي في الفقه الفرنسي والذي يفرق بين المسائل الأولية والمسائل الفرعية بحسب القضاء المختص بنظرها فيخضع الطائفة الأولى لقاضي الدعوى الجنائي أخذاً بمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع بينما يعتبر الطائفة الثانية مسائل فرعية، باعتبار أنها مسألة لايختص بها قاضي الدعوى سواء كانت هذه المسألة الفرعية جنائية، بحيث يتوقف الفصل في الدعوى المنظورة على الفصل فيها من قاض آخر أو دعوى مدنية منظورة أمام جهة قضاء أخرى كالقضاء المدني أو قضاء الأحوال الشخصية. وقد أيد هذا الاتجاه ما ورد في المادة ٢٢١ من قانون الإجراءات الجنائية التي تنص على أن " تختص المحكمة الجنائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها..." إلا أن الخلاف في الفقه ظهر في أن جانباً حاول أن يجمع

بين المعيار الموضوعي والمعيار الشكلي في آن واحد، بينما أخذ الجانب الآخر بالمعيار الشكلي على إطلاقه.

٦٤- المعيار الموضوعى:

ويرى جانب آخر من الفقه[١] أن المسألة الفرعية هى فى حقيقتها شروط مفترضة فى الجريمة، تندرج تحتها باعتبارها مراكز قانونية مقررة فى قوانين غير جنائية، والدفع بها - لو صح - يترتب عليه تقويض البنيان القانونى للجريمة، ويمكن تقسيمها إلى شروط مفترضة تدخل فى اختصاص القضاء الجنائى، وأخرى تخرج عن اختصاص القضاء الجنائى، لكن ذلك لا ينفى عنها صفتها، كمسائل فرعية يلزم الفصل فيها قبل الفصل فى موضوع الدعوى، وهى لا تعتبر - بحسب هذا الرأى - من المسائل الأولية، ويتعين قصر التسمية الأخيرة على الدفوع المتعلقة بقبول الدعوى ودخولها فى ولاية القضاء الجنائى، والتى تسبق - بحسب الترتيب اللغوى - المسألة الأساسية المتعلقة بفحص اكتمال البنيان القانونى للجريمة بأكمله ؛ بما فيه من أركان وشروط مفترضة.

ورتب هذا الرأى من الفقه على هذه النتيجة رفضه اتباع المعيار الشكلى فى التفرقة بين المسائل الأولية والمسائل الفرعية، وبرر ذلك بقوله أن الأخذ بالمعيار الشكلى يؤدى إلى اعتبار عقد الزواج مسألة فرعية لخروجه - بحكم المادة ٢٢٣ إجراءات - عن الاختصاص الأصيل للقاضى الجنائى، وإلى اعتبار عقد الأمانة مسألة أولية لاختصاص القضاء الجنائى به اختصاصا أصيلا (مادة ٢٢١ من قانون الإجراءات الجنائية).

١- د. عبد العظيم وزير: الشروط المفترضة فى الجريمة - المرجع السابق ص٣١٠ وما بعدها حتى ص٣١٢ .

وبذلك يختلف التكييف الإجرائى لمسائل من طبيعة واحدة، وتؤدى ذات الدور فى البنيان القانونى للجريمة. ونتبين من بيان فحوى هذا الرأى من الفقه وأسانيده أنه أخذ بالمعيار الموضوعى الذى سار عليه الفقه الفرنسى.

٦٥- الجمع بين المعيار الموضوعي والمعيار الشكلي:

فبينما أخذ جانب من الفقه[١] بالمعيار الشكلي الذي يفرق بين المسائل الأولية أو الفرعية بحسب جهة الاختصاص ومدى انطباق مبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع، فقد قام جانب آخر من الفقه[٢] بالجمع بين المعيار الموضوعي والمعيار الشكلي، فبعد أن اعتبر أن المسائل الأولية هي المسائل الداخلة في اختصاص القاضي الجنائي وأن المسائل الفرعية هي المسائل التي تدخل في اختصاص القاضي غير الجنائي قرر أن المسائل الأولية تتمثل في وقائع أو أعمال قانونية يتعين توافرها من الناحية المنطقية قبل الركن المادي وأن هذه المسائل بحسب طبيعتها تخضع لمبدأ القانون غير الجنائي ورتب على ذلك أن المسائل الأولية تتعلق بالشروط المفترضة في الجريمة. أما المسائل الفرعية فهي تتميز عنها بتعلقها بأركان الجريمة، وبذلك فإن المسائل الأولية تتميز عن المسائل الفرعية من ناحيتين: الأولى: هي الناحية الموضوعية حيث تتعلق المسائل الفرعية بأركان الجريمة، في حين تتعلق المسائل الأولية بالشرط المفترض السابق على وقوعها. أما الناحية الثانية فهي الناحية الشكلية حيث يختص بالفصل في المسائل الفرعية القضاء غير الجنائي، في حين أن الفصل في المسائل الأولية المتعلقة بالشرط المفترض يدخل في ولاية القضاء الجنائي.

١- د. رءوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري - طبعة ١٥ ١٩٨٣ مكتبة سيد وهبة ص٥٨٨، الرقابة على الدستورية والشرعية في المواد الجنائية ط ١٩٧٩ ص٤٣٢، د. نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية طبعة ١٩٨٨ فقرة ٤٣٠، ٤٣١ ص٣٩٠ وما بعدها.

٢- د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الطبعة السابعة ١٩٩٣ نادى القضاة ص٦٨٧ وما بعدها حتى ص٦٩٣ .

٦٦- الرأي الذي يعتبر المسائل الأولية والفرعية مسائل عارضة:

ويرى جانب أخير من الفقه أن كل من المسائل الأولية والفرعية هي في النهاية مسائل عارضة تطرأ على المسألة الأساسية في الدعوى الجنائية ويقسمها إلى مسائل جنائية حين يتوقف الحكم في الدعوى الجنائية على الحكم في دعوى جنائية أخرى، كما هو الحال في دعوى البلاغ الكاذب، ومسائل أحوال شخصية حين يتوقف الحكم في الدعوى الجنائية على الفصل في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ومسائل أخرى حين يتوقف الفصل في الدعوى الجنائية على الفصل في مسألة مدنية أو تجارية أو إدارية.[1]

٦٧- رأينا في الموضوع:

بعد أن استعرضنا الآراء المختلفة التي قيلت في بيان التفرقة بين المسائل الأولية والفرعية في الفقه المصري والتي اعتنق بعضها المعيار الشكلي والبعض الآخر أخذ بالمعيار الموضوعى والبعض الأخير جمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي وللرأى الذى اعتبرها مسائل عارضة فإننا نرى أن أقرب هذه الآراء إلى الواقع العملى هو الذي تبنى المعيار الشكلي باعتباره أوضح المعايير وأكثرها انضباطاً واتفاقاً مع المبدأ الأصلي في التقاضي وهو مبدأ " قاضي الدعوى قاضي الدفع " فالمسألة – من وجهة نظرنا – تعتبر أولية إذا ما تولى قاضي الموضوع الفصل فيها قبل الفصل في موضوع الدعوى ؛ بصرف النظر عن طبيعتها وما إن كانت جنائية أم غير جنائية، بينما تعتبر فرعية إذا ما خرجت عن حدود اختصاص قاضي الدعوى إلى قضاء آخر تولى بدوره الفصل فيها قبل الفصل في موضوع الدعوى وترتب على ذلك وقف الدعوى الأصلية وهو ما يتفق من وجهة نظرنا مع ما أورده المشرع في المواد ٢٢١ من

١- د. محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية ـ الطبعة الحادية عشر ١٩٧٦دار النهضة العربية ص ٣٥٩ د. مأمون سلامة: قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام القضاء الطبعة الأولى ١٩٨٠ ـ دار الفكر العربي ص٥٥١ وما بعدها.

قانون الإجراءات وما بعدها من مواد تنظم اختصاص المحكمة في هذا الخصوص، وعلى ذلك يمكننا القول أنه يمكن تحديد الطبيعة الإجرائية للدفع بحسب المعيار الشكلي السابق بحيث يعتبر الدفع أولياً إذا ما تولى قاضي الموضوع النظر فيه تطبيقاً لمبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع بصرف النظر عن نوع الدفع، وما إن كان يتعلق بالدعوى الجنائية ومدى قبولها أو موضوع الجريمة وأركانها ؛ أو كان الدفع لا يتعلق بالناحية الجنائية بالمرة ويتعلق بشرط مفترض فيها سواء كان مدنيا أو تجاريا أو إداريا ؛ ويعتبر الدفع فرعياً إذا لم يكن قاضي الدعوى الجنائية المعروضة هو الذي يتولى الفصل فيه وإنما يتولى ذلك قاض آخر أمام ذات القضاء الجنائي أو قضاء آخر كالقضاء المدني أو الأحوال الشخصية.

والقول بهذا المعيار يجد سنده فى أن مبدأ قاضى الدعوى قاضى الدفع - المشار إليه - فى القانون الإجرائى يستلزم اختصاص قاضى الدعوى الجنائى بجميع الدفوع التى تثور أثناء نظر الدعوى الأصلية ؛ لأن القول بغير ذلك يجعل من العسير عليه أن يصل إلى حكم فاصل فى موضوعها، إذ يلجأ طرف الدعوى الذى له مصلحة فى تأخير الفصل فيها إلى إثارة العديد من هذه الدفوع، فإذا أوقف القاضى الفصل فى الدعوى الأصلية حتى يفصل فيها ؛ يتأخر الفصل فى الدعوى زمناً طويلاً، بالإضافة إلى ذلك فإنه ليس فى تطبيق هذه القاعدة إضرار بالمصلحة العامة التى تقتضى أن يبحث فى المسألة الأولية القاضى المؤهل لذلك ؛ حتى ولو كانت من طبيعة مدنية. لأن القاضى الجنائى صالح لأن يكون قاضياً مدنياً.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن "القاضى الجنائى يفصل فى جميع المسائل التى يتوقف عليها الفصل فى الدعوى الجنائية ؛ لأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع. وليس عليه أن يوقف الفصل فيها تربصاً لما عسى أن يصدر من أية محكمة غير جنائية من محاكم السلطة القضائية أو من أى جهة أخرى".[1]

١- نقض جنائى جلسة ١٧ أكتوبر ١٩٩١ س٤٢ ق ١٣٨ ص ١٠٠٤ سالف الإشارة إليه.

على أنه يجب أن يكون واضحاً أن الحديث عن الطبيعة الإجرائية للدفع وما إن كان أولياً أو فرعياً، يختلف عن بيان تقسيماته وما إن كان شكلياً أو موضوعياً أو أي نوع أخر. ذلك أن الحديث عن التقسيمات ينصرف إلى بيان أنواع الدفوع التي استقر عليها الفقه من حيث بيان مدى صلته بالدعوى وما إن كان ينفذ إلى موضوعها من عدمه فيكون موضوعياً إذا كان يندرج تحت النوع الأول أو شكلياً إذا كان يندرج تحت النوع الثاني، بعكس الحديث عن الطبيعة الإجرائية التي تنصرف إلى بيان تكييف الدفع من الناحية الإجرائية فقط وبحسب المعيار الذي قدمناه ورأينا الأخذ بفحواه، والذي سوف يتضح عند تطبيقه على كل دفع على حده في موضعه من هذه الدراسة - بعد بيان تقسيمات الدفوع والتقسيم الذي سوف نأخذ به - أن الدفع الشكلي أو الموضوعي قد يكون ذا طبيعة أولية وقد يكون ذا طبيعة فرعية بحسب المعيار المبين سلفاً.

الفصل الثانى

الشروط الواجب توافرها فى الدفع

٦٨- تمهيد وتقسيم:

خلا الفقه الجنائى من أراء ذات ضوابط محددة ومعايير واضحة حول الشروط الواجب توافرها فى الدفوع والطلبات، غير أن من يستقرئ أحكام القضاء وخاصة قضاء محكمة النقض يجد أنها قد جاءت ذاخرة فى التحدث عن شروط الدفوع والطلبات بصفة عامة، بحيث تواترت الأحكام على أن الدفع أو الطلب الذى يقدم للمحكمة يجب أن يكون صريحا جازما يقرع سمع المحكمة ولا ينفك صاحبه عن التمسك به حتى تكون المحكمة ملزمة بالرد عليه فى أسباب حكمها سواء بالقبول أو الرفض.

وقد ظهرت أراء نادرة فى الفقه تستخلص من هذه الأحكام شروطا عامة تنطبق على الدفوع والطلبات واختلفت فيما بينها فى بيان هذه الشروط. فبينما رأى جانب من الفقه تقسيمها إلى شروط موضوعية وأخرى شكلية. وحصر الشروط الموضوعية فى أن يكون الدفع جازما ومنتجا وجديا وأن تعتمد عناصر الحكم عليه. والشروط الشكلية فى أن يثار الدفع قبل قفل باب المرافعة، وأن يكون صريحا وله أصل ثابتَ فى الأوراق[1] فإن الجانب الآخر من الفقه قد أجملها فى شروط عامة، ولم يفرق بين ما إن كانت شكلية أو

١- د. حسنى الجندى: وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائى "المرجع السابق ص ٩٤ وما بعدها

موضوعية وإنما وضعها فى إطار محدد بصورة مجملة وتطلب فى الدفع أو الطلب عدة شروط حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه ؛ منها على سبيل المثال أن يثار الدفع أو الطلب قبل إقفال باب المرافعة على وجه ثابت فى أوراق الدعوى، وأن يكون صريحا وظاهر التعلق بموضوع الدعوى، وألا يكون المتمسك بالدفع قد تنازل عنه أو ولم يصر عليه أو يطلب تحقيقه صراحة أو ضمنا.[1]

ونحن من جانبنا نميل إلى الرأى الثانى، الذى يجمل هذه الشروط بصفة عامة فى الدفوع والطلبات لاسيما وأنه يجد صداه فى أحكام محكمة النقض المصرية التى تأخذ به وتؤيده، ولا تقيم فروقا فى الشروط المتطلبة للدفع أو الطلب سوى ما ورد بأحكامها فى صورة مجملة. ونرى أن التقسيم الذى انتهى إليه الرأى الأول لا يستند إلى فارق جوهرى فى اعتبار هذه الشروط موضوعية أو شكلية، ومن ثم فهو تقسيم ظاهرى، فضلا عن أنه إذا كان الدفع دعوى على ما سلف بيانه فيما انتهينا إليه أثناء تعريف الدفوع من صحة الأخذ بهذا المفهوم للدفع باعتبار أنه يصدق على كليهما وصف الوسيلة القانونية التى يتوسل بها الخصم لحماية حقه [2] : فانه يمكن تقسيم الشروط التى تنطبق على الدفوع إلى قسمين:

أ) القسم الأول:

قسم يرد على الدفع باعتباره دعوى ؛ ومن ثم فان الشروط التى يتطلبها القانون فى الدعوى بصفة خاصة تنطبق على الدفع بدوره : كأن تكون مستندة لحق أو مركز قانونى وأن يحصل اعتداء على هذا الحق، وأن يكون للمتمسك

١- د. رؤف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام "المرجع السابق" ص ١٦٧ وما بعدها .
٢- أ.د/ عبد المنعم الشرقاوى فى رسالته "نظرية المصلحة فى الدعوى" سالف الإشارة إليه بند١ ص٩

بالدفع شأنه شأن الدعوى صفة ومصلحة فى التمسك به.[1]

ب) القسم الثانى:

ويتمثل فى الشروط التى تنطبق على الدفوع والطلبات بصفة عامة، ويمكن استخلاصها من أحكام القضاء على ما سلف القول. وسوف نبين أحكام هذا وذاك فى المبحث الأول من هذا الفصل تحت عنوان شروط صحة الدفع. ثم ندلف فى المبحث الثانى لبيان ما يجب إبداؤه من هذه الدفوع والطلبات بصفة عامة أمام محكمة الموضوع. ونتبع ذلك ببيان ما يجوز إبداؤه بصفة خاصة أمام محكمة النقض والضوابط التى تحكم هذه التفرقة. وننهى هذا الفصل بمبحث أخير نتحدث فيه عن الإثبات فى الدفوع والطلبات وعلى من يقع العبء فيه. ثم نختم هذا المبحث بالحديث عن التقادم فى الدفوع وما يتشابه معها من أفكار أخرى كالسقوط مثلا وذلك كله فى إطار اعتبار الدفع دعوى وما نشأ عن ذلك من تميز الدفع عن الدعوى فى بعض الحالات، مما ترتب عليه زيادة الضمانات المقررة للخصوم بمقتضى ذلك. وسوف يكون استعراض ما سلف ذكره فى هذا الفصل على النحو التالى:

المبحث الأول : شروط صحة الدفع.

المطلب الأول: الشروط الخاصة الواجب توافرها فى الدفع باعتباره دعوى.

المطلب الثانى: الشروط العامة المطلوبة فى إبداء الدفوع والطلبات.

١- د/ فتحى والى. الوسيط فى قانون القضاء المدنى. المرجع السابق. ص ٦٩

المبحث الثانى: مراحل إبداء الدفع.

المطلب الأول: الدفوع والطلبات الواجب إبداؤها أمام محكمة الموضوع.

المطلب الثانى: الدفوع التى يجوز إبداؤها أمام محكمة النقض.

المبحث الثالث: إثبات الدفع وتقادمه.

المطلب الأول: عبء إثبات الدفع.

المطلب الثانى: تقادم الدفوع.

المبحث الأول

شروط صحة الدفع.

المطلب الأول

الشروط الخاصة الواجب توافرها فى الدفع باعتباره دعوى

٦٩- تمهيد:

من المقرر فى القانون الحديث أنه توجد دعوى أو دفع كلما كانت هناك مصلحة قانونية تحتاج إلى الحماية بواسطة القضاء، واعتبار مصلحة ما مصلحة قانونية أى مصلحة يعترف بها القانون ويحميها أمر لا يجب الاستدلال عليه من نص قانونى محدد بل يمكن أن يستخلص من التنظيم القانونى فى مجموعه. ومن ناحية أخرى، فان مضمون الحماية التى يمنحها القضاء تقاس بمدى حاجة المصلحة المحمية لرد الاعتداء دون حاجة لنص قانونى صريح[1] ويمكن القول أنه يشترط لوجود الحق فى الدعوى أو الدفع ما يلى:

٧٠- أولا: وجود حق أو مركز قانونى:

فما دامت الدعوى أو الدفع وسيلة لحماية حق أو مركز قانونى ؛ فإنها

١- د/ فتحى والى الوسيط فى قانون القضاء المدنى سالف الإشارة إليه ص ٦٩ .

تفترض لوجودها سبق وجود حق أو مركز يحميه القانون، فحيث لا حق لا دعـــوى أو دفع (pas de droit Pas de action ou exeption) [1] وهذا الشرط يتطلب توافر أمرين:

١- وجود قاعدة قانونية تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك به المدعى أو المتمسك بالدفع. وهذه مسألة قانونية تبحث من الناحية المجردة، فإذا لم يكن هناك وجود لمثل هذه القاعدة القانونية، أى إذا لم توجد حماية قانونية لهذه المصلحة التى يتمسك بها المدعى فلا ينشأ الحق فى الدعوى، ولا يشترط أن ترد القاعدة القانونية المجردة فى نص صريح فى التشريع، فيمكن أن يصل القاضى إلى تقرير وجودها عن طريق القياس أو بالنظر إلى المبادئ العامة فى القانون، وبعبارة عامة عن طريق قواعد التفسير المعروفة. وهذا الأمر وان كان ينطبق على قانون المرافعات فليس هناك ما يمنع من انطباقه على الإجراءات الجنائية باعتبار أن ما خلا منه قانون الإجراءات من قواعد يمكن اللجوء فيه إلى قانون المرافعات كما سلف القول. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان المقرر أن ولاية المحكمة الجنائية فى الأصل مقصورة على ما يطرح أمامها من الجرائم واختصاصها بالدعوى المدنية الناشئة عنها - إنما هو استثناء من القاعدة - فيشترط ألا تنظر الدعوى المدنية ألا بالتبعية للدعوى الجنائية : ومتى رفعت الدعوى المدنية صحيحة بالتبعية للدعوى الجنائية، بطلب التعويض ممن لحقه ضرر فى الجريمة، فانه يتعين الفصل فى هذه الدعوى وفى موضوع الدعوى الجنائية معا بحكم واحد عملا بصريح نص المادة ٣٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية - سالفة البيان - فإن هو اغفل الفصل فى إحداها كان للمدعى أن يرجع إلى ذات المحكمة التى فصلت فى الدعوى الجنائية للفصل فيما أغفلته، وذلك عملا بالقاعدة المقررة فى المادة ١٩٣ من قانون المرافعات وهى قاعدة واجبة الإعمال أمام المحاكم الجنائية باعتبارها من القواعد العامة فى قانون المرافعات المدنية ولعدم وجود نص يخالفها فى قانون

١- solus et perrot op. cit no 106,107

الإجراءات الجنائية.[1] كما قضت محكمة النقض فى شأن تأييد أن الدفع يفترض وجود قاعدة قانونية تحمى مصلحة من هذا النوع قد ترد فى نص قانون المرافعات ويترتب عليها فيما لو صحت نفى ركن من أركان الجريمة - قضت - بأنه "أن كان نص المادة ٣٧٥ من قانون المرافعات قد جرى على أن الحجز يعتبر كان لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعه إلا إذا كان البيع قد وقف باتفاق الخصوم أو بحكم المحكمة أو بمقتضى القانون، فقد دل على أنه إذا لم يتم البيع خلال هذه الفترة - دون وقف مبرر - يعتبر الحجز كأن لم يكن بنص القانون دون حاجة إلى صدور حكم به. فيزول الحجز وتزول الآثار التى ترتبت على قيامه، ولما كان هذا الجزاء مقررا لمصلحة المدين، فإن عليه أن يتمسك به وإلا سقط حقه فيه كما يسقط الحق بالتنازل عن الجزاء صراحة أو ضمنا. ومن ثم فقد افترق الدفع باعتبار الحجز كأن لم يكن، لعدم إجراء البيع خلال المدة المنصوص عليها فى المادة سالفة الذكر من تاريخ توقيعه عن الدفع بوجوه البطلان التى تشوب الحجز، لمخالفة الإجراءات المقررة له أو لبيع المحجوزات والتى لا مشاحة فى أنها تمس الاحترام الواجب للحجز. مادام لم يقض ببطلانه من جهة الاختصاص - لما كان ذلك - فإن ما قررته المحكمة فى ردها على هذا الدفع الذى يتجه إلى نفى عنصر أساسى من عناصر الجريمة ولم يكن ردا مواجها لهذا الدفع يتفق والتطبيق القانونى الصحيح، يكون قد أوقعها فى خطأ فى تطبيق القانون حال بينها وبين أن تتحقق بنفسها من مدى سلامة ما أثاره الطاعن لديها من الدفع باعتبار الحجز كأن لم يكن ؛ إعمالا لحكم المادة ٣٧٥ من قانون المرافعات لفوات المدة المنصوص عليها فيها فبات حكمها معيبا بما يستوجب نقضه والإحالة".[2]

١- نقض جنائى جلسة ٩ مارس ١٩٩٣ س ٤٤ ق ٣٢ ص ٢٤٦ سالف الإشارة إليه بالبند رقم ٥ من هذا البحث.

٢- نقض جنائى جلسة ٢ ديسمبر ١٩٧٢ س ٢٣ منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة ٢٧ العدد الأول ص ٢٩١، الطعن رقم ٢٣٧٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٧ مارس ١٩٩٣ مجلة القضاة الفصلية السنة ٢٧ العدد الأول ص ٩٠٣.

٢- ثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة. وهذه مسألة واقعية تبحث في الحالة المحددة التي يطرحها المدعي على القضاء. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "وإن كان تقدير الوقائع التي يستنتج منها قيام حالة الدفاع الشرعي أو انتفاؤها متعلقا بموضوع الدعوى، لمحكمة الموضوع الفصل فيه بغير معقب إلا أن حد ذلك أن يكون استدلال الحكم سليما لا عيب فيه ويؤدي إلى ما انتهى إليه".[1]

٧١- ثانيا: اعتداء على الحق أو المركز القانوني:

أي أن يحدث ما يحرم المدعي من المنافع التي يحصل عليها من هذا الحق أو المركز القانوني ؛ بما يوجب تدخل القضاء لحمايته بتطبيق جزاء القاعدة القانونية. والاعتداء على الحق أو المركز القانوني قد يتخذ مظاهر مختلفة، فقد يكون مجرد إثارة شك حول وجود الحق أو المركز القانوني ؛ فيكون صاحب الحق في حاجة إلى قضاء يقرر وجود حقه نفيا لهذا الشك. وقد يتخذ الاعتداء صورة حرمان فعلي بحيث يصبح الحق في مركز مادي مخالف لمركزه القانوني فيكون له الحق في دفع يعيد مطابقة مركزه الواقعي على المركز القانوني[2] مثلما يكون المتهم بجريمة في حالة دفاع شرعي فيتمسك بهذا الدفع لتبرير جريمته فإذا توافرت شروط هذا الدفع كان فعله مباحا فيتطابق بذلك مركزه المادي الذي كان فيه متهما مع مركزه القانوني بأنه في حالة من حالات الإباحة ويعيد تطابق المركزين معا. وأخيرا قد يتخذ الاعتداء صورة تتطلب صدور قضاء يدخل تغييرا في المركز القانوني القائم، كما إذا اتهم شخص بتحرير شيك بدون رصيد فدفع بتزوير هذا الشيك عليه وتبين صحة دفعه فقضت المحكمة ببراءته تأسيسا على عدم تحريره هذا الشيك، فيتغير بذلك مركزه القانوني من متهم بتحرير شيك - هو سند المديونية - التي بينه

١- نقض جنائي جلسة ٣ فبراير ١٩٨٨ س ٣٩ ق ٣١ ص ٢٤٠ .

٢- د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني . المرجع السابق ص ٧١، د. وجدى راغب: النظرية العامة للعمل القضائي المرجع السابق ص ٤٩٤، د. رمزى سيف: المرافعات. المرجع السابق بند ١٠٠ ص ١٣٧ .

وبين المبلغ بالواقعة إلى انحلال علاقة المديونية بينهما بصدور حكم ببراءته من واقعة تحرير شيك بدون رصيد. وعلى أى الأحوال فأيا كانت صورة الاعتداء ؛ فإنه لا يكفى لنشأة الحق فى الدعوى أو الدفع إلا إذا كان ينشئ الحاجة إلى حماية قضائية لرده. فالدعوى أو الدفع يدوران وجودا وعدما مع الحاجة إلى الحماية القضائية ويتحدد نطاقها بهذه الحاجة برد الاعتداء.

٧٢- ثالثا: الصفة والمصلحة فى الدفع:

ويقصد بالصفة كشرط فى الدفع أو الدعوى أن تنتسب الدعوى إيجابا لصاحب الحق وسلبا لمن يوجد الحق فى الدعوى فى مواجهته. فهو تمييز للجانب الشخصى للحق فى الدعوى والصفة على هذا النحو تسبق المصلحة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض "بأن الدفع ببطلان التفتيش إنما شرع للمحافظة على حرمة المكان، ومن ثم فان التمسك ببطلان تفتيش السيارة، لا يقبل من غير حائزها اعتبارا بأن الحائز هو صاحب الصفة فى ذلك، وأن الصفة تسبق المصلحة فإن لم يثره فليس لغيره أن يبديه ولو كان يستفيد منه لان هذه القاعدة لا تلحقه إلا بالتبعية وحدها[1]" كما قضت بأنه "لا صفة لغير من وقع فى حقه إجراء ما فى الدفع ببطلانه - لما كان ذلك - فإنه لا يجوز إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض مادامت مدونات الحكم لا تحمل مقوماته".[2]

ومن المسلم به أيضا أن المصلحة هى أساس "الدفع" كما أنها هى أساس "الدعوى".

فإذا كانت مصلحة المدعى عليه (المتهم) فى الدفع منعدمة فلا يقبل منه إبداؤه. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد نقل عن والد المجنى عليه قوله "أن الطاعنين اعترفا له مساء يوم الحادث بعد

١- نقض جنائى جلسة ١ ديسمبر ١٩٨٨ س ٣٩ ق ١٨١ ص ١١٥٩، نقض جلسة ١١ ديسمبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٨٩ ص ١٣٠٨، د. رمزى سيف: الموضع السابق بند ١٠٠ ص ١٣٧ .

٢- نقض جنائى جلسة ٩ أبريل ١٩٧٨ س ٢٩ ق ٧١ ص ٣٦٩ .

أن اكتشف غياب ابنه بان المتهم نقله بعيدا أو انهما سيعملان على إعادته" فإن ما أورده الحكم فى هذا الصدد وعلى افتراض أنه خطأ فى الإسناد. ينصرف إلى الأدلة قبل المتهم الأول دون الطاعنين ومن ثم فلا يقبل منهما النعى بشىء فى هذا الخصوص لانتفاء مصلحتهم فيه.[1]

ويعد توافر المصلحة فى الدفع الشكلى أو الموضوعى من "النظام العام" لأن شرط المصلحة متصل بوظيفة القضاء ودوره فى الحياة الاجتماعية، وهى تأبى أن يشغل إنسان وقت القضاء بما لا طائل من ورائه ولا صالح له فيه[2] فهو مقرر حماية لصالح عام لا لصالح شخص معين. ويترتب على ذلك بالضرورة أن يكون لمحكمة الموضوع أن ترفض تحقيق أى دفع أو دفاع لا مصلحة لأحد من ورائه، ولا أثر له فى استظهار وجه الحق فى الدعوى إذا ما صدر من أحد الخصوم دون أن يتوقف ذلك على طلب برفض تحقيقه مقدم من الخصم الآخر[3] وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان يشترط لقبول الطعن وجود صفة للطاعن فى رفعه ومناط توافر الصفة أن يكون طرفا فى الحكم المطعون فيه، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر على الفصل فى الدعوى الجنائية وليس المدعى المدنى طرفا فيه فإنه يتعين الحكم بعدم قبول الطعن شكلا لرفعه من غير ذى صفة".[4] ويثير الحديث عن الصفة والمصلحة فى الدفع الكلام عمن له حق إبداء الدفع سواء الشكلى أو الموضوعى؟ والرد على ذلك أن لكل طرف من أطراف الدعوى الجنائية الحق فى إبداء ما يشاء من دفوع شريطة أن يكون له صفة أو مصلحة فى دفعه.

فالمتهم وهو المدعى عليه فى الدعوى الجنائية متى ثبتت له هذه الصفة عند توجيه الاتهام إليه من النيابة العامة - باعتبارها سلطة اتهام أو تحقيق -

---

١- نقض جنائى جلسة ٢٣ أبريل ١٩٧٨ س٢٩ ص٣٩٩ - جلسة ١٠ أبريل ١٩٥٦ س١٧ ق١٥٨ ص٥٤٢ جلسة ١٩ يونيو ١٩٦١ س١٢ ص٧٠٤ .

٢- تأيد ذلك بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ المعدل لنص المادة الثالثة من قانون المرافعات والذى اعتبر أن المصلحة فى الدعوى من النظام العام فى قانون المرافعات ايضا.

٣- د. رؤف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام المرجع السابق ص ١٧٤ وما بعدها.

٤- نقض جنائى جلسة ١٢ ابريل ١٩٨٤ س ٣٥ ق ٩٢ ص ٤٢٠ .

يستطيع أن يتمسك بسائر الدفوع التى تمكنه من نفى التهمة الموجهة إليه ؛ سواء بنفى وقوع الجريمة أو نفى قيام أى عنصر من عناصرها أو استحالة حصول الواقعة كما رواها الشهود أو نفى القوة التدليلية للأدلة القائمة فى الدعوى - وبصفة عامة - نفى مسئوليته الجنائية تماما عن الجريمة المسندة إليه أو التخفيف بقدر الإمكان من هذه المسئولية[1] ولا تقتصر هذه الدفوع التى يحق للمتهم تقديمها على الدعوى الجنائية فحسب، بل يكون له الحق فى إثارة أى دفع من الدفوع المتعلقة بالدعوى المدنية المرفوعة ضده بالتبعية للدعوى الجنائية للوصول إلى الحكم برفضها أو عدم قبولها. كالدفع بعد قبول تدخل المدعى بالحقوق المدنية، والدفع ببطلان إجراءات رفع الدعوى المدنية وبديهى أنه كما يمكن أن يثار الدفع من المتهم يمكن أن يثار من محاميه الذى يتولى الدفاع عنه وذلك باعتبار أنه يكون اقدر على تقييم مدى ملاءمة تقديم دفع معين يدرأ عن موكله شبهة الاتهام، وباعتبار أنه يواجه خصما ضليعا فى القانون هو النيابة العامة. ولا ينبغى أن نغفل أن للمتهم - وهو صاحب المصلحة - أن يتقدم بما يبدو له هو نفسه من دفاع أو طلبات ويكون على المحكمة أن تستمع إليه ولو تعارض مع وجهة نظر محاميه ؛ لأن مركز المحامى لا يعدو أن يكون مركز وكيل من موكله. ولا مشاحة فى أن الوكيل لا يملك من الأمر اكثر مما يملك الأصيل . فليس له إذن أن يعارض فى تنازل حاصل من موكله. إما أن يتخذ المحامى لنفسه صفة القوامة على موكله فى المسائل الجنائية فتلك دعوى لا تستند إلى اصل من الواقع ولا من القانون.

٧٣- دور النيابة فى إبداء الدفوع:

أما عن دور النيابة فى إبداء الدفوع ؛ فإن حقها فى الطعن فى الأحكام الجنائية يستنتج منه دورها غير المباشر فى إبداء الدفوع باعتبارها خصم

١- د. حسنى الجندى: وسائل الدفاع . سالف الإشارة إليه ص ١٤١ وما بعدها.

عادل يختص بمركز قانونى خاص، إذ تمثل المصالح العامة وتسعى فى تحقيق موجبات القانون من جهة الدعوى الجنائية، ولذلك فإنها تطعن بطريق الاستئناف أو النقض فى الأحكام، وان لم يكن لها كسلطة اتهام مصلحة خاصة فى الطعن بل كانت المصلحة هى للمحكوم عليهم. من اجل ذلك قضت محكمة النقض فى بعض أحكامها تطبيقا لهذا المبدأ أن "الأصل أن النيابة العامة فى مجال المصلحة العامة أو الصفة فى الطعن - هى خصم عادل - تختص بمركز قانونى خاص، إذ تمثل الصالح العام وتسعى فى تحقيق موجبات القانون إلا أنها تتقيد فى ذلك بقيد المصلحة بحيث إذا لم يكن لها كسلطة اتهام ولا للمحكوم عليه مصلحة فى الطعن فإن طعنها لا يقبل عملا بالمبادئ العامة المتفق عليها من أن المصلحة أساس الدعوى. ولكن لها أن تطعن فى الأحكام وإن لم يكن لها كسلطة اتهام مصلحة خاصة فى الطعن بل كانت المصلحة هى للمحكوم عليه ومن ثم فإن مصلحتها فى الطعن تكون قائمة، ولو أن الحكم قد قضى بإدانة المطعون ضده[1] ومن تطبيقات الدفوع التى تقوم النيابة بإبدائها، أو الطعن فى الحكم لإبدائها، الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص الولائى فى المسائل الجنائية باعتبارها من النظام العام ويجوز إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض شريطة أن تكون عناصره ثابتة فى الحكم المطعون فيه بغير حاجة إلى إجراء تحقيق موضوعى.[2]

٧٤- حق المحكمة فى التعرض للدفع والفصل فيه من تلقاء نفسها :

أما بالنسبة للمحكمة ؛ فإن المحكمة تفصل فى الدفع المتعلق بالنظام العام دون دفع من أحد الخصوم كالدفع بعدم الاختصاص الولائى، والدفع بعدم

١- نقض جنائى جلسة ١٩ ديسمبر ١٩٧٩ س٣٠ ق٢٠٥ ص٩٥٩ نقض جلسة ٢٨ مايو ١٩٧٨ س٢٩ ق٩٩ ص٥٢٠ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٣ نوفمبر ١٩٨٠ س ٣١ ق ١٩١ ص ٩٨٩ .

جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه" لما كان مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ من قانون الإجراءات الجنائية أنه إذا حكمت محكمة أول درجة بقبول دفع سابق على الفصل فى الموضوع، ينبنى عليه منع السير فى الدعوى، كالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، وحكمت المحكمة الاستئنافية برفض الدفع وبنظر الدعوى، وجب عليها أن تعيدها إلى محكمة أول درجة وإذ لم تفعل وقضت فى الموضوع وفوتت بذلك على المتهم درجة من درجات التقاضى ؛ كان لمحكمة النقض طبقا للمادة ٣٥ من قانون إجراءات الطعن بالنقض رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم ؛ إذا تبين مما هو فيه أنه مبنى على مخالفة القانون، وإحالة الدعوى لمحكمة أول درجة للفصل فى موضوعها".[1] وكذلك تملك المحكمة الفصل فى الدفوع القانونية دون تمسك بها من جانب الخصوم كالدفع المتعلق بالدفاع الشرعى وإن كان لا يتعلق بالنظام العام ؛ باعتبار أن تطبيق القانون واجب على المحكمة دون طلب من الخصوم. ولأن المصلحة العامة تقتضى ذلك حتى لا يدان برىء مادامت الوقائع كما هى واردة بالأوراق ترشح لقيام هذه الحالة. أما فى تقدير الأدلة والوقائع ؛ فهى تستقل بحرية التقدير دون دفع من الخصوم فى سبيل استخلاص الصورة الصحيحة للواقعة من مجموع الأدلة المطروحة عليها. كما أن لها أيضا سلطة تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى لأن تحقيق أدلة الدعوى فى المواد الجنائية ليس رهنا بمشيئة الخصوم، فإذا ارتأت المحكمة أن الفصل فى الدعوى يتطلب تحقيق دليل معين فيها ؛ فإنه يكون واجبا عليها العمل على تحقيق هذا الدليل مادام ذلك ممكنا وعليها أن تستوفيها من تلقاء نفسها. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "الإعفاء من المسئولية الجنائية لجنون أو عاهة فى العقل مثلا يتعلق

١- نقض جنائى جلسة ٤ يوليو ١٩٩٣ الطعن رقم ١٩٢٥٧ لسنة ٦٠ من المجلة الفصلية للقضاة السنة ٢٧ العدد الأول ص ٩٠٢ د. حسنى الجندى: وسائل الدفاع - المرجع السابق ص ١٤٥ وما بعدها.

بتقدير حالة المتهم العقلية وهو أمر يتعلق بوقائع الدعوى يفصل فيه قاضى الموضوع دون معقب مادام يقيمه على أسباب سائغة، وعليه يكون من حق القاضى أن يقرر امتناع مسئولية المتهم ولو لم يدفع بذلك. إذ أن من واجبه أن يتحقق من توافر كل أركان الجريمة وعناصر المسئولية عنها حتى يمكن النطق بالعقوبة فليس من شروط امتناع المسئولية أن يدفع بها المتهم".[1]

٧٥- اقتصار حق أطراف الدعوى المدنية على إبداء الدفوع المتعلقة بها:

أما بالنسبة للدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية بالدعوى الجنائية ؛ فمن حق المدعى بالحق المدنى فيها إبداء كافة الدفوع. ولكن يقتصر ذلك على دعواه المدنية المرفوعة بالتبعية للدعوى الجنائية[2] ولكن هل يكون له التمسك بأوجه متعلقة بالدعوى الجنائية؟ أجابت على ذلك أحكام محكمة النقض فقضت فى حالة ما إذا كانت أوجه الطعن لا تنطوى على المساس بالدعوى المدنية بقولها "من المقرر أنه ليس للمدعى بالحق المدنى صفة فى الطعن على الحكم بأوجه متعلقة بالدعوى الجنائية إلا إذا كانت التعويضات المطلوبة تزيد على النصاب الذى يحكم به القاضى الجزئى نهائيا ؛ وانطوى العيب الذى شاب الحكم على مساس بالدعوى المدنية - لما كان ذلك - وكان البين من مدونات الحكم المستأنف المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه استند فى قضائه باعتباره الطاعن تاركا لدعواه المدنية على تخلفه عن الحضور بالجلسة رغم علمه بها، ولم يقتصر هذا الشق من الحكم بالأسباب التى بنيت عليها البراءة : فإنه لا تكون للطاعن صفة أو مصلحة فيما يثيره فى أسباب طعنه من أوجه متعلقة بالدعوى الجنائية ويضحى منعاه فى شأنها غير مقبول[3] أما إذا كانت أوجه الطعن تنطوى على المساس بالدعوى المدنية، فإنه يكون للمدعى المدنى -

---

١- نقض جنائى جلسة ١٧ أكتوبر عام ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٤٩ ص ١٠٤٧ .
٢- نقض جنائى جلسة ٣٠ ابريل ١٩٨١ س ٣٢ ق٧٧ ص ٤٤ .
٣- نقض جنائى جلسة ٦ فبراير ١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٣٩ .

بمفهوم المخالفة - التمسك بالأوجه المتعلقة بالدعوى الجنائية. وتسرى هذه القاعدة أيضا على المسئول عن الحقوق المدنية[1] وللمدعى عليه فى الدعوى المدنية - وهو فى الغالب المتهم أو ورثته أو المسئول عن الحقوق المدنية كالمتبوع وجهة الإدارة - الحق فى إبداء الدفوع للرد على ادعاء المدعى بالحق المدنى والحصول على الحكم بالبراءة ورفض التعويضات، وجدير بالذكر أنه لكى يمكن رفع الدعوى المدنية على غير المتهم يلزم أن تكون قد رفعت على المتهم ابتداء تطبيقا للمادة ٢٥٣ أ.ج. ولا يختص القضاء الجنائى بالفصل فيها إلا إذا كانت قد رفعت بالتبعية لدعوى جنائية. وتتحدد الدفوع التى يثيرها المتهم والمسئول عن الحق المدنى بحسب مدى توافر عناصر الدعوى المدنية وشروطها وهى:

- السبب : الضرر الناشئ مباشرة عن ارتكاب الجريمة.
- والموضوع: وهو المطالبة بتعويض هذا الضرر.
- والخصوم على ما سيرد ذكره فى بيان الدفوع المتعلقة بالدعوى المدنية فى موضعها من هذا البحث.

٧٦- حالة انتفاء مصلحة المسئول عن الحقوق المدنية فى التمسك بالدفع:

وفى خصوص انتفاء مصلحة المسئول عن الحقوق المدنية فى الطعن أو الدفع وعدم قبوله منه فى هذه الحالة قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان الحكم قد أثبت فى مدوناته أن الإقرار المقدم كان منسوبا للمتهم متضمنا قبوله الحكم الصادر ضده بشقيه الجنائى والمدنى، ولا يمارى الطاعن فى هذه البيانات ؛ فإن الأصل أن حجية هذا الإقرار - لو صح - إنما تقتصر على المتهم ولا تنصرف إلى المسئول عن الحقوق المدنية، فلا يحتج عليه به كما أنه لا يضار به رغم أن التعويض المقضى به ابتدائيا كان محكوما به عليه وعلى المتهم على وجه التضامن بينهما، ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من القانون المدنى

---

١ - نقض جنائى جلسة ٢٣ أكتوبر ١٩٦٢ س ١٣ ص ٦٦٤ .

قد نصت فى فقرتها الأولى على أنه "إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين". ومن ثم فإن المسئول عن الحقوق المدنية لم تكن له مصلحة قانونية فى الطعن بالتزوير على ذلك الإقرار، ولا صفة له فى ذلك أيضا فلا جدوى له مما يثيره نعيا على الحكم بعدم إجابته إلى طلب التأجيل ليتمكن من الطعن بالتزوير على الإقرار المذكور، ولا يجوز له التحدى بأن المتهم كان مشاركا له فى هذا الطلب، ذلك بأن الأصل أنه لا يقبل من أوجه الطعن على الحكم إلا ما كان متصلا منها بشخص الطاعن.[1]

١- نقض جنائى جلسة ٢٠ مارس ١٩٧٨ س ٢٩ ق ٥٩ ص ٣١٥ .

المطلب الثانى
الشروط العامة المطلوبة فى إبداء الدفوع والطلبات

الشرائط المطلوبة فى إبداء الدفوع الشكلية أو الموضوعية والطلبات حتى تلتزم محكمة الموضوع بالتعرض لهذه الدفوع أو الطلبات قبولا أو رفضا متعددة يمكن إجمالها مستخلصة مما اضطردت عليه أحكام المحاكم فيما يلى:

٧٧- أن يثار الدفع أو الطلب قبل إقفال باب المرافعة:

إما أمام سلطات التحقيق المختلفة أو أمام المحكمة قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى، أما متى كانت إجراءات المحاكمة قد استوفيت قانونا ؛ فإن المحكمة لا تكون ملزمة بإجابة الدفاع إلى ما قد يطلبه من فتح باب المرافعة بعد حجز القضية للحكم لتقديم ما قد يريده من دفوع أو من طلبات تحقيق معينة، وفتح باب المرافعة أمر يدخل فى تقدير المحكمة كما سبق القول، فلها أن تقرره إما من تلقاء نفسها لتتبين بعض أمور غامضة تحتاج إلى جلائها، وإما بطلب من أحد الخصوم لتحقيق أمور متعلقة بالدعوى متى رأت أن فى إجابة هذا الطلب ما يحقق العدالة حسبما تراه هى.

فإذا أفسحت المحكمة لأطراف الدعوى استيفاء دفاعهم وقررت إقفال باب المرافعة فإن القانون لا يلزمها بإعادتها إلى المرافعة إذا طلب ذلك بعضهم أو كلهم[1] أما إذا كان باب المرافعة مازال مفتوحا ؛ فللخصم إبداء ما يعن له من الدفوع أو طلبات التحقيق، وإذا رفضت المحكمة قبول طلبه أو دفعه ؛ فإن فعلها يكون مشوبا بعيب الإخلال بحق الدفاع. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان حق الدفاع الذى يتمتع به المتهم يخول له إبداء ما يعن له من طلبات التحقيق أو الدفوع ؛ طالما أن باب المرافعة مازال مفتوحا، وكانت الواقعة التى طلب الدفاع سماع أقوال الشاهدين الموقعين على الخطاب المقدم من الطاعن بشأنها متصلة بواقعة الدعوى ظاهرة التعلق بموضوعها وكان سماعها لازما للفصل فيها، فإن رفض المحكمة طلبه للسبب الذى ذكرته يكون غير سائغ وفيه إخلال بحق الدفاع لما ينطوى عليه من معنى القضاء فى أمر لم يعرض عليها واحتمال أن تجىء هذه الأقوال التى تسمعها ويباح للدفاع مناقشتها بما يقنعها مما قد يتغير بها وجه الرأى فى الدعوى.[2]

٧٨- إبداء الدفع على وجه ثابت فى أوراق الدعوى أمام الجهات المختصة:

يلزم أن يكون هذا الدفع أو ذاك الطلب قد أثير بالفعل على وجه ثابت فى أوراق الدعوى إما أمام سلطات التحقيق بمحاضر التحقيق أو فى المذكرات المقدمة أو فى محضر الجلسة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان يبين من الاطلاع على محضر جلستى المحاكمة أن الطاعنة لم تدفع ببطلان تفتيشها على الأساس الذى تتحدث عنه في وجه طعنها لإجرائه من غير أنثى، فإنه لا يقبل منها إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه فى حقيقته دفع موضوعى أساسه المنازعة فى سلامة الأدلة التى كونت منها المحكمة عقيدتها والتى اطمأنت منها إلى صحة إجراءات التفتيش"[3]

١- نقض جنائى جلسة ١٧ يناير ١٩٧١ س ٢٢ ق ١٣ ص ٥١ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٤ أبريل ١٩٨٨ س ٣٩ ق ٩٢ ص ٦١٩، نقض جلسة ٢٩ سبتمبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٢٩ ص ٩٠٩ .
٣- نقض جنائى جلسة ٩ مايو ١٩٩٤ الطعن رقم ١١٢٠٧ لسنة ٦٢ ق س ٤٥ ق٩٦ ص ٦٢٤ .

وبأنه "متى كان يبين من الاطلاع على محضر جلسة المحاكمة أن الطاعن لم يدفع ببطلان القبض عليه وتفتيشه على الأساس الذى يتحدث عنه فى وجه طعنه، فإن المحكمة لا تكون ملزمة بالتحدث فيه أو إجابته، كما لم يقبل منه إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه فى حقيقته دفع موضوعى أساسه المنازعة فى سلامة الأدلة التى كونت منها المحكمة عقيدتها والتى اطمأنت منها إلى صحة إجراءات الضبط والتفتيش".[1]

أما إذا كان الخصم قد أثار دفاعه بالفعل فى محضر الجلسة أو فى مذكراته فإن المحكمة تلتزم بالرد على هذا الدفع بالقبول أو الرفض وإلا كان حكمها معيبا بالإخلال بحق الدفاع. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية هو من الدفوع الجوهرية التى يجب على محكمة الموضوع أن تعرض له فتقسطه حقه إيرادا له وردا عليه مادام الدفاع قد تمسك به وأثبت ذلك فى محضر الجلسة مما يتعين معه نقض الحكم والإحالة فى خصوص الدعوى المدنية فقط".[2] كما قضت بأنه" إذا كان المتهم قد طلب فى مذكرته المقدمة بجلسة المرافعة – والتى تعتبر متممة لدفاعه الشفوى – معاينة المضبوطات للتحقق من ثقل وزنها بحيث يستحيل حملها بالكيفية التى صورها الشهود وإخفاؤها فى الحقيبة الصغيرة التى قيل بضبط المسروقات فيها، فإن عدم إجابة الطلب مع أهميته، أو الرد عليه بما يدفعه هو مما يعيب الحكم بالقصور والإخلال بحق الدفاع".[3] والجدير بالذكر أنه وإن كان يجوز إثارة الدفوع أمام سلطات التحقيق أو الإحالة إلا أنه ينبغى

١- نقض جنائى جلسة ١٩ أبريل ١٩٧٩ س ٣٠ ق ١٠٣ ص ٤٩٠، جلسة ٢٣ ديسمبر ١٩٨٥ س ٣٥ ق ٢١٤ ص ١١٥٧.

٢- نقض جنائى جلسة ١ ديسمبر ١٩٨١ س ٣٢ ق ١٧٦ ص ١٠٠٩، نقض جلسة ١٦ يناير ١٩٩٥ س ٤٦ ق ٢٢ ص ١٦٣.

٣- نقض جنائى جلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٦٤ س١٥ ق ١٥١ ص٧٦٥ – جلسة ٣٠ ديسمبر ١٩٧٣ س٢٤ ق٢٦٠ ص١٢٨٠.

أن يتم إثارتها أيضا فى مرحلة المحاكمة منذ بدأ المحاكمة إلى حين إقفال باب المرافعة حتى تلتزم المحكمة بالرد عليها قبولا أو رفضا، فمتى كان المتهم لم يثر دفعه ببطلان التحقيق الذى بنى عليه أمر التفتيش أمام محكمة الموضوع واكتفى بكتابة مذكرة أمام سلطة الإحالة لم يشر إليها أمام المحكمة فإنه لا يقبل منه إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض، ويترتب على ذلك بالضرورة أنه لا يقبل منه أن ينعى على الحكم الصادر فى الدعوى القصور فى التسبيب إذا تجاهل كلية هذا الدفع أو ذلك الطلب.[1]

٧٩- إبداء الدفع بصورة صريحة جازمة:

كما يلزم ألا يجىء الدفع أو الطلب عرضا ولا بصيغة تفويض الأمر للمحكمة أو ترك التصرف لها إذا شاءت أو نحو ذلك من التعبيرات بل يجب أن يكون الدفع أو الطلب قد أبدى بصورة صريحة وجازمة وأن يصر عليه مقدمه حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "الدفع الذى تلتزم المحكمة بمواجهته والرد عليه فى حكمها هو الذى يبدى فى عبارة صريحة - تشتمل على المراد منه - ولما كان المدافع عن الطاعن اقتصر على القول بأن " الواقعة بها اثنين متهمين وأن شقيق المتهم أخذ براءة" ولم يطعن عليه من النيابة وينعكس الحكم على شقيقه الطاعن وطلب التأجيل. وهى عبارة مرسلة مجهلة لا تفيد الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، وكانت باقى محاضر الجلسات قد خلت من تمسك الطاعن بهذا الدفع كما أن مدونات الحكم لا ترشح لقيامه ؛ فإن ما يثيره الطاعن فى شأن خطأ الحكم فى تطبيق القانون يكون غير سديد إذا ما التفتت عنه المحكمة ولم ترد عليه".[2]

١- نقض جنائى جلسة ٢٨ أبريل ١٩٥٨ س ٩ ق ١١٦ ص ٤٢٩ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٤ مايو ١٩٨٥ س ٣٦ ق ١١٦ ص ٦٥٤، نقض جلسة ١١ ديسمبر ١٩٩٦ س ٤٧ ص ١٣٠٨ ق ١٨٩ سالف الإشارة إليه بالبند ٧٢ من البحث، نقض جنائى جلسة ١٣ مارس ٢٠٠٠ الطعن رقم ٢٦٢٩٣ لسنة ,٦٧ لم ينشر بعد ومشار إليه بالمستحدث من المبادئ الجنائية الصادر من المحكمة عام ٢٠٠١ .

كما قضت بأنه "إذا كان الثابت من محضر جلسة المحاكمة أن أول من ترافع عن الطاعن اختتم مرافعته طالبا البراءة وقدم مذكرة بدفاعه يبين من الاطلاع عليها أنها تضمنت طلبا احتياطيا بسماع أقوال شهود الإثبات، ثم تلاه محام ثان ترافع فى الدعوى وانتهى إلى طلب البراءة ولم يتمسك بذلك الطلب الاحتياطى ؛ ودون ما اعتراض من الطاعن ولا تعقيب ممن طلب سماع شهود وكان الطلب الذى تلتزم محكمة الموضوع بإجابته والرد عليه هو- الطلب الجازم الذى يقرع سمع المحكمة ويصر عليه مقدمه ولا ينفك عن التمسك به والإصرار عليه فى طلباته الختامية - فإن النعى على الحكم بقالة إغفال المحكمة الرد على ذلك الطلب الاحتياطى لا يكون له محل".[1] كما قضت أيضا بأنه "من المقرر أن الطلب الذى تلتزم محكمة الموضوع بإجابته أو الرد عليه، هو الطلب الجازم الذى يقرع سمع المحكمة ويصر عليه مقدمه، وكان الثابت بمحضر جلسة المحاكمة أن الدفاع عن الطاعن قال "أن قول الضابط أن المتهم اعترف بالمخدرات وطلب الإرشاد عن آخرين فهذا أمر غير مستساغ ولم تحققه النيابة" فإن ما ذكره الدفاع فى هذا الخصوص لا يعد طلبا بالمعنى السالف الذكر إذ هو لا يعدو أن يكون تعييبا لتحقيق النيابة العامة بما يراه فيه من نقص دون أن يتمسك بطلب استكماله ويكون منعاه فى هذا الصدد فى غير محله".[2] كما لا يكفى أن يكون الدفع أو الطلب مستفادا ضمنا من المرافعة إذا سكت صاحب الشأن عن إبدائه بصورة صريحة جازمة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان ما ورد على لسان الدفاع فى مرافعته من أنه وفى هذه القضايا يكون دفاعا عن النفس فمردود بأنه لم يبين أساس هذا القول من واقع الأوراق وظروفه ومبناه، وكان من المقرر أن التمسك بقيام الدفاع الشرعى يجب أن يكون جديا وصريحا، فإن ما قاله الدفاع فيما سلف بيانه لا يفيد

١- نقض جنائى ٢١ أكتوبر ١٩٩٢ الطعن رقم ٨٦١ لسنة ٦١ قضائية س ٤٣ ق ١٣٤ ص ٨٦٧ .
٢- نقض جنائى جلسة ٢ مارس ١٩٨٨ س ٣٩ ق ٥٤ ص ٣٦٩ .

التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى، هذا إلى أن حق الدفاع الشرعى لم يشرع إلا لرد الاعتداء عن طريق الحيلولة بين من يباشر الاعتداء وبين الاستمرار فيه، فلا يسوغ التعرض بفعل الضرب لمن لم يثبت أنه كان يعتدى أو يحاول فعلا الاعتداء على المدافع أو غيره".[1]

ولكن إثارة الدفاع بصورة صريحة فى نقطة معينة تكفى فى مطالبة المحكمة بالرد على هذا الدفاع، ولو لم يطلب الدفاع تحقيق وجهة نظره عن طريق أهل الخبرة، لأن هذا المعنى الأخير يكون مستفادا ضمنا مادامت النقطة المثارة تحتاج إلى رأى خبير مختص وتأكيدا لهذا المعنى قضت محكمة النقض بأن "سكوت الدفاع عن طلب دعوة أهل الفن صراحة لتحديد وقت وقوع الحادث الذى ينازع فيه (قتل عمد) لا يقدح فى اعتبار دفاعه جوهريا لأن هذه المنازعة تتضمن المطالبة الجازمة بتحقيق هذا الدفاع والرد عليه".[2] وإضافة إلى ذلك قضت المحكمة أيضا بأنه "إذا بان من الأوراق أن الدفاع طلب بجلسة المحكمة أن تقضى أصليا بالبراءة ومن باب الاحتياط الكلى سماع شهود نفى، واستدعاء كبير الأطباء الشرعيين لما ظهر من المناقشة الطبية فيما استجد من وقائع بعد الحادث، فإن إبداء الطلب فى هذه الصورة يجعله بمثابة طلب جازم عند الاتجاه إلى القضاء بغير البراءة، فإذا كانت المحكمة قد دانت الطاعن دون أن تجيبه إلى ما طلب ولم تناقش هذا الطلب أو ترد عليه ؛ فإن حكمها يكون معيبا بالإخلال بحق الدفاع وبالقصور فى التسبيب مما يتعين معه نقضه.[3]

٨٠- أن يكون الدفع ظاهر التعلق بموضوع الدعوى:

ويلزم أن يكون الدفع أو الطلب ظاهر التعلق بموضوع الدعوى أى أن يكون الفصل فيه لازما للفصل فى الموضوع وإلا فالحكم ليس ملزما بالرد عليه

١- نقض جنائى جلسة ١٥ ديسمبر ١٩٨٨ س ٣٩ ق ٢٠٠ ص ١٣٢٥ .
٢- نقض جنائى جلسة ١ ابريل ١٩٧٩ س ٢٤ ق ٩٢ ص ٤٥١ .
٣- نقض جنائى جلسة ٢٦ مارس ١٩٧٣ س ٢٤ ق ٨٦ ص ٤١٢ .

صراحة ؛ بل يجوز أن يرفضه ضمنا لأن الخصم الذى يثير دفعا من هذا القبيل لا يكون صاحب مصلحة فى المطالبة بالرد عليه مسببا. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان من المقرر أن تحريك الدعوى الجنائية قبل الموظف العام مقصور على النيابة العامة وحدها، بشرط صدور إذن من النائب العام أو المحامى العام أو رئيس النيابة وفقا لأحكام المادة ٦٣ إجراءات إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الجريمة قد وقعت منه أثناء تأدية وظيفته وكان البين من واقعة الدعوى أن الجريمة المسندة إلى الطاعن الخامس منبتة الصلة بوظيفته ؛ فأنه لا يعيب الحكم ألا يرد على هذا الدفع لأنه دفع ظاهر البطلان لا يتعلق بموضوع الدعوى".[1]

٨١- ألا يكون الدفع أو الطلب مجهل الهدف أو الغاية منه:

كذلك لا يلزم أن ترد المحكمة على دفع أو طلب مجهل الهدف أو الغاية منه. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان يبين من الاضطلاع على محضر جلسة المحاكمة أن المدافع عن الطاعنة لم يدفع بالجهل بالقانون كذريعة لنفى القصد الجنائى : بل اقتصر على القول بأن هذه القضية بها مزج كبير بين الخيال والواقع وان بها تجهيل بالقانون، فى عبارة عامة مرسلة لا تشتمل على بيان مقصده منها، ومن ثم فان المحكمة لا تكون ملزمة بالرد عليه ؛ إذ يلزم لذلك أن يبدى الدفاع المذكور فى عبارة صريحة تشتمل على بيان المراد منه.[2]

٨٢- ألا يكون الدفع أو الطلب ظاهر البطلان:

كذلك لا يعيب الحكم إغفال الرد على دفع قانون ظاهر البطلان، وتطبيقا

١- نقض جنائى جلسة ١٧ يناير ١٩٩٣ ط رقم ١٨٤٤٥ لسنة ٥٩ ق منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة ٢٧ العدد الأول ص ٨٩٦ - جلسة ٢٤ ديسمبر ١٩٦٣ س ١٤ ق ١٨١ ص ٩٨٣ .

٢- نقض جنائى جلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٨٦ س ٣٧ ق ١٧٦ ص٩٢٤ - جلسة ١٠ يناير ١٩٧٢ س ٢٣ ق ١٢ ص ٢٤، جلسة ١٠ يناير سنة ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٥ ص ٤٩ .

لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لا يؤثر فى قيام جريمة الرشوة أن تكون قد وقعت نتيجة تدبير لضبطها وألا يكون الراشى جادا فيما عرضه على المرتشى متى كان عرض الرشوة جديا فى ظاهره، وكان الموظف قد قبله بقصد تنفيذ ما اتجه إليه فى مقابل ذلك من القيام بعمل من أعمال وظيفته، ويكون النعى على الحكم بأن الجريمة تحريضية غير سديد ولا على المحكمة إن أغفلت الرد على هذا الدفع، لأنه دفع قانونى ظاهر البطلان".[1]

كما قضت أيضا بأنه "لما كانت المادة ٢٦٦ من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أن " يتبع فى الفصل فى الدعوى المدنية التى ترفع أمام المحاكم الجنائية الإجراءات المقررة بهذا القانون، وبذلك تخضع الدعوى المدنية أمام القاضى الجنائى للقواعد الواردة فى مجموعة الإجراءات الجنائية مادام يوجد فيها نصوص خاصة تتعارض مع ما يقابلها فى قانون المرافعات المدنية. وكان المستفاد من نصوص المواد ١٩٩ مكررا، ٢٣٢، ٢٥١ من ذات القانون أن التكليف بالحضور هو الإجراء الذى يتم به تحريك الدعوى الجنائية، وتترتب عليه كافة الآثار القانونية وأن إحالة الدعوى الجنائية إلى المحكمة تشمل الدعوى المدنية ؛ إذا كان قد سبق قبول المدعى المدنى فى التحقيق بهذه الصفة، مما لا مجال معه لإعمال نص المادة ٧٠ من قانون المرافعات المدنية الذى يقتصر تطبيق حكمه على الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحاكم المدنية – لما كان ذلك – وكان الطاعن يسلم بأسباب طعنه بأن الادعاء المدنى قد تم أثناء التحقيق الابتدائى ولا ينازع فى قبوله، فإن إحالة الدعوى الجنائية إلى المحكمة تشمل أيضا الدعوى المدنية . ومن ثم فإن ما دفع به الطاعن من اعتبار الدعوى المدنية كأن لم تكن لعدم إتمام إعلانها خلال ثلاثة أشهر ؛ هو دفع ظاهر البطلان لا يستوجب ردا – ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض قد

١– نقض جنائى جلسة ١٨ فبراير ١٩٨٨ س ٣٩ ق ٤٤ ص ٣١٦ .

أصاب صحيح القانون".[1] كما قضت أيضا بأن " الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة فى جريمة البلاغ الكاذب - هو دفع ظاهر البطلان - ولا يعيب الحكم إغفال الرد عليه لأن القانون لم يرسم طريقا خاصا لإثبات كذب الوقائع المبلغ عنها".[2] كما قضت أيضا فى جريمة البناء على أرض زراعية بدون ترخيص بأنه "لما كان ما أورده الطاعن من أن الأرض المقامة فيها المبانى هى من الأراضى البور غير الصالحة للزراعة لا يخرج الواقعة من نطاق التأثيم بموجب نص المادة ١٠٧ من القانون ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون ٥٩ لسنة ١٩٧٧ ما دام أنه لا يدعى أن المبانى أقيمت فى أرض تقع داخل كردون المدينة أو أنها مخصصة لخدمة أرض زراعية أو سكنا له فلا تثريب على محكمة الموضوع بدرجتيها إن هى التفتت عن هذا الدفع القانونى ظاهر البطلان بفرض إثارته".[3]

٨٣- أن يكون الدفع أو الطلب منتجاً فى الدعوى:

كذلك إذ كان الدفع أو الطلب غير منتج فى الدعوى ؛ فلا يعيب الحكم إغفال الرد عليه. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "متى كانت الواقعة قد وضحت لدى المحكمة وكان الأمر المطلوب تحقيقه - غير منتج فى الدعوى - فلها أن تعرض عن ذلك مع بيان العلة. فإذا كان ما أورده الحكم كافيا وسائغا ويستقيم به إطراح طلب إجراء المعاينة دون أن يوصم الحكم فيه بالقصور أو الإخلال بحق الدفاع، فضلا عن أن هذا الوجه لا يتجه إلى نفى الفعل المكون للجريمة ولا إلى استحالة حصول الواقعة كما رواها شهود الإثبات ؛ بل الهدف منه إثارة الشبهة فى الأدلة التى اطمأنت إليها المحكمة، ويعتبر من أوجه الدفاع الموضوعية التى لا تلتزم المحكمة بإجابته. فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن يكون فى غير محله".[4] كما قضت بأن "الدفع ببطلان الدليل المستمد

١- نقض جنائى جلسة ١٣ فبراير ١٩٨٣ س ٣٤ ق ٤٣ ص ٢٣٢ .
٢- نقض جنائى جلسة ١١ يناير ١٩٧٩ س ٣٠ ق ٩ ص ٦٠ .
٣- نقض جنائى جلسة ١٧ فبراير ١٩٨١ س ٣٢ ق ٢٠٣ ص ١١٣٦ .
٤- نقض جنائى جلسة ١٧ فبراير ١٩٨٦ س ٣٧ ق ٦٠ ص ٢٩٠ .

من التسجيل التليفونى لإجرائه دون إذن - غير منتج ولا جدوى منه - مادام الحكم الصادر بالإدانة لم يركن فى ذلك إلى الدليل المستمد من هذا الإجراء وأقام قضاءه على أقوال شهود الإثبات والمجنى عليها. ومن ثم فلا يعيب الحكم ألا يلتفت إليه أو يرد عليه.[1]

وهذا الشرط بصفة عامة مستفاد من "نظرية المصلحة" فى الدعوى وفى الدفع وفى الطعن السالف الإشارة إليه فى شروط الدفع باعتباره دعوى، فحيث تنتفى المصلحة ينتفى إمكان التحدى بأى أمر منها لأن المصلحة مناطها جميعا، وينبغى فيها دائما أن تكون شخصية وجدية ومباشرة.[2]

٨٤- يلزم ألا يتنازل الخصم عن دفعه أو طلبه صراحة أو ضمنا:

والتنازل عن الدفع بالبطلان النسبى الذى لا يتعلق بالنظام العام والتنازل الصريح عن طلبات التحقيق لا يحتاج إيضاحا. أما التنازل الضمنى فصورته المألوفة فى العمل أن يبدى المدافع دفعه مصحوبا بطلب تحقيقه فى جلسة معينة ثم يترافع - قبل تحقيقه فى موضوع الدعوى مصمما على طلباته. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "سكوت الدفاع عن التمسك بإعادة مناقشة الشهود فى حضرته ومواصلته المرافعة دون الإصرار على طلب سماعهم يفيد تنازله الضمنى عن سماعهم".[3] كما قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الثابت بمحضر جلسة المحاكمة أن الاستجواب تم فى حضور المدافع عن الطاعن وبموافقته، وكان من المقرر أن حق المتهم فى الدفع ببطلان الإجراءات، المبنى على أن المحكمة استجوبته، يسقط وفقا للفقرة الأولى من المادة ٣٣٣ من قانون الإجراءات الجنائية إذا حصل الاستجواب بحضور

١- نقض جنائى جلسة ٢٠ سبتمبر ١٩٩٣ ط رقم ٧٧٠٤ لسنة ٦٢ ق مشار إليه بمجلة القضاة الفصلية السنة ٢٦ عدد أول ص ٩٠٣، جلسة ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٩٥ س ٤٦ ق ١٥٠ ص ٩٧٢

٢- د. رؤوف عبيد "ضوابط تسبيب الأحكام" سالف الإشارة إليه ص ١٧٤.

٣- نقض جنائى جلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٧٣ س ٢٣ ق ٢٨٤ ص ١٢٦٥.

محاميه ولم يبد اعتراضا عليه لأن ذلك يدل على أن مصلحته لم تتأثر بهذا الاستجواب ومن ثم فلا يجوز له من بعد أن يدعى ببطلان الإجراء".[1]

كذلك قضت المحكمة بأنه "من المقرر أنه يجوز للمحكمة الاستغناء عن سماع الشهود إذا ما قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك يستوى أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا".[2]

وقضت أيضا بأنه "متى كان المتهم لم يتمسك بدفاعه فى الجلسة التى نظرت فيها الدعوى أخيرا، وتخلف المجنى عليه عن حضورها، وترافع المتهم فى الدعوى دون إشارة منه إلى طلب سماع المجنى عليه أو الاطلاع على الأوراق التى تثبت دفاعه مما يفيد تنازله الضمنى عن هذا الدفاع ؛ فإنه لا يحق له بعد ذلك أن ينعى على المحكمة أنها أخلت بحقه فى الدفاع إذ أنها لم تقم بإجراء سكت هو عن المطالبة بتنفيذه".[3]

وكذلك قد يكون التنازل الضمنى بأن يترافع الدفاع على صورة تتعارض مع دفاعه الأول بحيث لا تفسر خطته إلا بأنها تنازل ضمنى عن وجه الدفاع السابق وبالتالى عن طلب تحقيقه إذا كان قد اصطحب به.

وإذا لم يحصل تنازل صريح ولا ضمنى، وتوافرت لهذا الطلب شرائطه التى بيناها آنفا كان على محكمة الموضوع أن تجيب طلب التحقيق أو الدفع المتصل به أو ترد عليه ردا صحيحا سائغا له سنده من أوراق الدعوى وظروفها الثابتة، وإلا كان إغفال التحقيق أو الرد بحسب الأحوال إخلالا بحق الدفاع وقصورا فى تسبيب حكمها بما قد يعيبه ويستوجب نقضه".[4]

ويراعى أن التنازل عن أى دفع أو طلب تحقيق قد لا يكون نهائيا، فلصاحب الشأن أو لمحاميه أن يتنازل فى أول الأمر عن دفعه أو دفاعه، ولكن من

١- نقض جنائى جلسة ٢٥ مايو ١٩٨١ س ٣٢ ص ٥٤٦ .
٢- نقض جنائى جلسة ٢٠ أكتوبر ١٩٨١ س ٣١ ق ١٢٩ ص ٧٣٢ .
٣- نقض جنائى جلسة ١٣ مارس ١٩٦٢ س ١٣ ق ٦٠ ص ٢٣١ .
٤- نقض جنائى جلسة ١٨ يناير ١٩٦٥ س ١٦ ق ١٦ ص ٦٥ .

حقه العدول عن هذا التنازل أو التمسك من جديد بما سبق أن أبداه مادامت المرافعة مازالت دائرة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "تنازل المتهمة فى مستهل المرافعة عن طلب التأجيل لسماع شهود نفى لا يحول دون أن تتوجه إلى المحكمة من جديد بهذا الطلب بلسان محاميها الذى يمثلها والذى أصر على التمسك به وأكده فى ختام مرافعته، وهو ولا شك أدرى بمصلحة موكلته".[1] على أن ذلك لا يخل بما سبق قوله بالنسبة لبعض أنواع الدفوع والذى يسقط بالتنازل عن التمسك بها ولا يجوز الرجوع فيه لا صراحة ولا ضمنا.

٨٥- أن تكون المحكمة قد اعتمدت فى أسباب حكمها على الواقعة التى أثير بشأنها الدفع أو الطلب:

أما إذا كانت الواقعة المتصلة بهذا الدفاع لم يعتمد عليها الحكم بالكلية ولم يستمد منها عنصرا من عناصره التى لا يستقيم بغيرها، فلا يعيب ذلك الحكم ولا يبطله. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لا يعيب الحكم ألا يرد على المطاعن التى وجهها الدفاع إلى التحقيق الابتدائى فى الجنح فمادام القانون لا يستوجب تحقيقا ابتدائيا فيها، ومادامت المحكمة قد حققت الدعوى بنفسها فى الجلسة وردت أنها تؤسس حكمها على هذا التحقيق".[2] كما قضت بأنه "إذ طلب الدفاع استدعاء الطبيب الشرعى لمناقشته فى واقعة لم يعتمد عليها الحكم المطعون فيه فى إدانته ورفضت المحكمة هذا الطلب فلا إخلال بحق الدفاع".[3]

والدفع أو الطلب قد يقدم من صاحب الشأن أو من وكيله. قد يكون شفويا أو مكتوبا فى مذكرة مصرح بها لأن الدفاع المكتوب هو تتمة للدفاع الشفوى أو بديل عنه إن لم يكن قد أبدى فيه. وفى الحالين ينبغى أن تتصدى له المحكمة بالرد السائغ إذا ما توافرت له الشروط السالف ذكرها. ودون تعليق ذلك على ما يقدمه المتهم لتأييده".[4]

١- نقض جنائى جلسة ٧ نوفمبر ١٩٦٧ س ١٨ ق ٢٢٦ ص ١٠٩٢ .
٢- نقض جلسة ٢٤ مايو ١٩٥٤ س ٥ ق ٢٢٨ ص ٦٨٣ .
٣- جلسة ٢٤ ديسمبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٢٠٧ ص ١٤٣٣ .
٤- نقض جلسة ٢١ فبراير ١٩٧٢ س ٢٣ ق ٥٣٠ ص ٢١٤ .

المبحث الثانى
مراحل إبداء الدفع

٨٦- تمهيد وتقسيم:

عرضنا فى المبحث السابق للشروط الواجب توافرها فى الدفوع والطلبات، وسوف نعرض فى هذا المبحث لمراحل إبداء الدفع أو الطلب باعتبار أن إجراءات الخصومة الجنائية تبدأ منذ وقوع الجريمة، وتباشر الإجراءات فيها سلطات متعددة بدءا من سلطة جمع الاستدلالات ومرورا بسلطات التحقيق التى تتولى تحقيق الواقعة، وانتهاءا بسلطة المحكمة التى تتولى الفصل فى الدعوى الجنائية المقامة عن هذه الجريمة. وقد يشوب أحد هذه الإجراءات عيب يبطلها ويمكن لأى من أطراف الخصومة الجنائية أن يدفع به أو يطلب طلبا من طلبات التحقيق التى تعينه على توضيح موقفه إما أمام نفس السلطة التى شاب العيب إجراءاتها أو أمام السلطة التى تعرض عليها أوراق الدعوى بعد ذلك. وكما قلنا سلفا فإن التمسك بالدفع أو إبداء الطلب إما أن يكون أمام سلطات التحقيق أو أمام محكمة الموضوع. ولكن إذا ابدى الطلب أو الدفع أمام سلطات التحقيق فلا يغنى ذلك عن إبدائه والتمسك به أمام محكمة الموضوع حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه، وحتى لا يتضمن معنى عدم التمسك به أمام المحكمة أن صاحبه قد تنازل عنه.

وكقاعدة عامة فإن كل الدفوع والطلبات يجوز إبداؤها أمام سلطات التحقيق أو أمام المحاكم بمختلف درجاتها، حتى أمام محكمة النقض بشرط إبدائها أمام محكمة الموضوع. ولكن لا يجوز إبداء الدفع أمام محكمة النقض لأول مرة إلا إذ كان متعلقا "بالنظام العام". ومن ثم فإن كل دفع يتعلق بالنظام العام يجوز الإدلاء به فى أى حالة تكون عليها الدعوى أمام سلطات التحقيق أو أمام محكمة الموضوع أو أمام محكمة النقض، بل ويجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها. مع مراعاة عدم جواز إثارة الدفع من جديد ؛ متى قضت المحكمة

برفضه إلا أمام محكمة الطعن. كما لا يجوز إثارة الدفع المتصل بالنظام العام أمام محكمة النقض - على ما سوف نوضحه فى حينه - إلا إذا كانت عناصر الدفع مطروحة وظاهرة من خلال الأوراق أمام محكمة النقض ؛ وبحيث لا يقتضى ذلك منها تحقيقا موضوعيا للدفع مما يخرج عن اختصاصها باعتبارها محكمة قانون، وطريق غير عادى للطعن. وسوف نتعرض لمراحل إبداء الدفع فى مطلبين كالآتى:

المطلب الأول: الدفوع والطلبات الواجب إبداؤها أمام محكمة الموضوع.

المطلب الثانى: الدفوع الجائز إبداؤها أمام محكمة النقض.

المطلب الأول
الدفوع والطلبات الواجب إبداؤها أمام محكمة الموضوع

٨٧- تمهيد:
بديهى أنه يمكن إبداء كافة الدفوع والطلبات أمام محكمة الموضوع ومن قبلها أمام سلطات التحقيق حتى ولو تعلق الدفع بالنظام العام. وبحسب التقسيم الذى نسير على نهجه فى هذا البحث ونقسم الدفوع فيه إلى شكلية وموضوعية وننتهى فيه إلى المساواة بين الدفوع الموضوعية والطلبات. فإن الدفوع الموضوعية و الطلبات عدا الدفع بالقانون الأصلح لتعلقه بالنظام العام - على ما سيرد القول فى حينه - يجب إبداؤها أمام سلطات التحقيق أو محكمة الموضوع ولا يقبل إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض ؛ ما لم تكن قد أثيرت بالفعل أمام محكمة الموضوع. وكذلك ينطبق القول على الدفوع الشكلية أيضا، إلا المتعلق منها بالنظام العام فيجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ؛ متى كانت مدونات الحكم تؤيده ولم يكن يقتضى من محكمة النقض تحقيق موضوعى فيه.

٨٨- الدفوع الشكلية التى يجب إبداؤها أمام محكمة الموضوع:

وعلى ما سيرد فى موضعه فإن بعضا من هذه الدفوع الشكلية لا يتعلق بالنظام العام ومن ثم يجب إبداؤه أمام محكمة الموضوع حتى يمكن الدفع به بعد ذلك أمام محكمة النقض. وبحيث إذا لم تبد أمام محكمة الموضوع فإن ذلك يتضمن بالضرورة التنازل عن التمسك بها ؛ فلا يجوز إثارتها بعد ذلك أمام محكمة النقض لأول مرة. وبيان أن دفعاً ما يتعلق بالنظام العام يتطلب منا أن

نرجع فى هذا الشأن إلى الفكرة الأساسية فى تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام سواء تعلق ذلك بدفع شكلى أو غيره من المسائل، فمن المعروف أن أية قاعدة قانونية إنما تتعلق بالنظام العام عندما يكون حكمها آمرا لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه وأن ذلك يرجع إلى كونها قاعدة أساسية فى تنظيم المجتمع وتتعلق بالصالح العام، بحيث يمكن القول أن الإخلال بها يؤدى إلى الفوضى أو إلى فوات الغاية المقصودة من التنظيم أو اضطراب أو تخلخل ذلك التنظيم الذى قرره المشرع لمسألة من المسائل بصورة عامة وإلزامية، ومفهوم ذلك أن المشرع حين ينظم موضوعا معينا فإنه يضع قواعد قد يكون المقصود منها رعاية مصالح خاصة وفردية، وقد يكون المقصود منها تحقيق مصلحة عامة تعلو على المصالح الفردية، فإن كان المقصود بالقاعدة التى يضعها المشرع هو رعاية مصلحة خاصة و فردية فلا شك أنه يكون من حق من تقررت الرعاية لصالحه أن يتنازل عنها لأنه أدرى بمصلحته، ومتى افصح عن عدم تمسكه بحماية التشريع فإن على المشرع أن يتركه لشأنه، وألا يتدخل فى حريته بأكثر من هذا القدر، ولكنه إذا تمسك بهذه الحماية، أو بالأقل إذا لم يبد منه ما يدل على تغاضيه عنها، فإنه يجب على القاضى أن يسبغها عليه، ومثل هذه القواعد تسمى فى القانون بالقواعد المكملة أو المتممة لإرادة المتعاقدين.[1]

ومن هذه الدفوع الشكلية التى لا تتعلق بالنظام العام وينطبق عليها القاعدة السابقة ؛ الدفع ببطلان إجراءات التكليف بالحضور . وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان الدفاع عن الطاعنة لم يطلب من محكمة الموضوع التأجيل لإعلان الطاعنة بأمر الإحالة أو إعطائه أجلا لتحضير دفاعه فإنه يعتبر قد تنازل عن حقه فى إبدائه ؛ وليس له من بعد أن يثير ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض باعتبار أن الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور ليس من النظام العام".[2] وبأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول

١- د. عبد الباسط جميعى: مبادئ المرافعات . المرجع السابق ص ٩٧ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٦ مارس سنة ١٩٨٢ س ٣٣ ص ٣٧٠ .

الدعويين الجنائية والمدنية على أن محامى المدعى بالحقوق المدنية لا يحمل توكيلا خاصا منه، وأن التكليف المطعون ضدهما بالحضور باطل لإعلانهما على مقر عملهما رغم ما ثبت من المفردات المضمومة من توقيع المدعى بالحقوق المدنية على صحيفة الإدعاء المباشر وحضور المطعون ضده الأول بشخصه والثانى بوكيل عنه وعدم منازعتهما فى أمر إعلانهما بما يستفاد منه تنازلهما عن التمسك بذلك ؛ فإن الحكم المطعون فيه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون".[1]

أما إذا قصد المشرع بالقواعد التى يضعها - عندما يتصدى لتنظيم مسألة من المسائل - إلى تحقيق مصلحة عامة لا تهم الأفراد بقدر ما تهم المشرع - نفسه - فإنه لا يكون من حق الأفراد أن يتنازلوا عنها لأنها تتعلق بفكرة التنظيم العام فى حد ذاته، أى باعتبارها فكرة مجردة، لا برعاية مصالح خاصة لأطراف العلاقة القانونية، ففى مثل هذه الحالة يأبى المشرع على الأفراد أن يتوافقوا على ما يخالف هذه القاعدة ؛ لأنها ليست ملكا لهم، فهو يفرض عندئذ إرادته أو يمليها عليهم ويقيد حريتهم فى شأنها، ولذلك يتعين على القضاة عند التطبيق أن يحترموا إرادة المشرع فى هذا الشأن لا إرادة الأفراد، فيكون الأمر فى هذه الحالة موجها من المشرع إلى الأفراد وإلى القاضى معا بصورة إلزامية وجازمة. وفى هذه الحالة يقال أن القاعدة آمرة. وتنطبق هذه القاعدة فى الصورة الأخيرة على باقى الدفوع الشكلية والتى تتعلق بحسب حالتها بالنظام العام فيجوز إثارتها أمام محكمة النقض لأول مرة متى كانت مقومات أى دفع منها واضحة من الحكم المطعون فيه أو كانت عناصر هذا الدفع قد انطوت عليها الأوراق ؛ بغير حاجة إلى تحقيق موضوعى وذلك دون ما حاجة إلى إثارتها أمام محكمة الموضوع وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن الدفع بأن الدعوى أقيمت على المتهم ممن

١- نقض جنائى جلسة ١٣ أبريل سنة ١٩٨٨ س ٣٩ ق ٩٠ ص ٦٠٢ .

لا يملك رفعها قانونا، وعلى خلاف ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ من عدم جواز رفع الدعوى الجنائية على موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط لجناية أو جنحة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته ؛ أو بسببها من غير النائب العام أو المحامى العام أو رئيس النيابة، فإن اتصال المحكمة فى هذه الحالة بالدعوى يكون معدوما قانونا ولا يحق لها أن تتعرض لموضوعها ؛ فإن هى فعلت كان حكمها وما بنى عليه معدوم الأثر، ولا تملك المحكمة الاستئنافية عند رفع الأمر لها أن تتصدى لموضوع الدعوى باعتبار أن باب المحاكمة موصود دونها وهو أمر من النظام العام لتعلقه بولاية المحكمة واتصاله بشرط أصيل لازم لتحريك الدعوى الجنائية ولصحة اتصال المحكمة بالواقعة ؛ وهو بهذه المثابة يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض متى كانت مقوماته واضحة من الحكم المطعون فيه أو كانت عناصر هذا الدفع قد انطوت عليها الأوراق بغير حاجة إلى تحقيق موضوعى".[١] وقد يبدو لأول وهلة أن ثمة تناقضا فى القول بأن الدفوع الشكلية منها ما يتعلق بالنظام العام ومنها ما لا يتعلق به ؛ لأن المسائل الإجرائية فى قانون الإجراءات الجنائية والمتعلقة بالدعوى لا تهم الأفراد بقدر ما تهم المشرع، إذ ليس للأفراد دخل فى تنظيم إجراءات التقاضى الذى لم يوضع أساسا لتحقيق مصالحهم الفردية وإنما لتحقيق مصالح عامة تتعلق بإجراءات التقاضى بصفة عامة، بما يحقق التوازن اللازم فى أداء العدالة للمجتمع بكامله ولأطراف الخصومة الجنائية بصفة خاصة، وإذا كان من شأن هذه الإجراءات أن تحقق مصالح الأفراد فإنما يتم ذلك على النحو الذى تصوره المشرع أو افترضه ثم فرضه مع أنه قد لا يتفق مع رغبات الأفراد أو تصورهم لمصلحتهم فكأن المشرع يحقق بذلك للأفراد مصلحة - قد لا يشعرون هم بها - ويحققها لهم رغما عنهم، هذا فضلا عن أن اعتبار بعض

١- نقض جنائى جلسة ٢٢ فبراير عام ١٩٨٨ س ٣٩ ق ٤٧ ص ٣٢٨، نقض جلسة ١٢ اكتوبر ١٩٩٣ س ٤٤ ق ١٢٠ ص ٧٨٢ .

الدفوع الشكلية المتعلقة بإجراءات الدعوى والخصومة الجنائية غير متعلق بالنظام العام معناه اعتبار هذه القواعد مكملة أو متممة لإرادة أطراف الخصومة، مع أن إرادة الأفراد لا دخل لها بتنظيم إجراءات التقاضى، وقد يؤدى الأخذ بهذه الفكرة إلى اعتبار الدفوع الشكلية جميعها من النظام العام، فيتحتم على الأفراد التزامها، وعلى القضاة إنزال أحكامها. إلا أن الأخذ بها على إطلاقه قد يؤدى إلى نتيجة مخالفة لمقاصد المشرع من هذا التنظيم الذى لا تزال الغاية العليا منه أداء العدالة على أفضل وجه، فقصد المشرع فى النهاية يتولد عن رعاية مصالح الأفراد، ولا شك أنه متى تحققت هذه المصلحة الخاصة على نحو أو آخر ؛ فأنه يكون من العبث أن نهدرها لمجرد الحرص على الشكل، لأنه قد يقبل المتهم مثلا إجراء كالإعلان الباطل دون غضاضة ولا يترتب على ذلك إخلال جسيم بإجراءات التقاضى التى وضعها المشرع مادام الرضا بالإجراء الباطل متوافر، ومن ثم لا مناص من القول بأن إجراءات التقاضى منها ما لا يكون الإخلال به مضرا بالمصلحة العامة، لذلك ينبغى التفرقة ما بين قاعدة وقاعدة ؛ بحيث يكون البعض منها متعلقا بالنظام العام والبعض الآخر غير متعلق تبعا لجسامة ما يترتب على الإخلال بها من نتائج. ولا شك أن المرجع فى ذلك يجب أن يكون هو المشرع ذاته، فهو الذى يقدر خطورة النتائج التى تترتب على مخالفة قواعده، وهو الذى يحدد ما يراه منها إجباريا وما يجيز مخالفته منها.

٨٩- الدفوع الموضوعية والطلبات الواجب إبداؤها أمام محكمة الموضوع:

أما الدفوع الموضوعية فهى لا تتعلق بالنظام العام إلا الدفع بالقانون الأصلح كما سلف القول ومن ثم يجب إبداؤها جميعا أمام محكمة الموضوع قبل إثارتها أمام محكمة النقض وإلا كانت غير مقبولة، طبقا للقاعدة المبينة سلفا بالنسبة للدفوع الغير متعلقة بالنظام العام بصفة عامة. يؤكد ذلك ما اضطردت عليه أحكام محكمة النقض المصرية فى الأحكام التالية فقد قضت

بأنه "لما كان لا يبين من الاطلاع على محاضر جلسات المحاكمة بدرجتيها أن الطاعن أو المدافع عنه أبدى أى دفع ببطلان القبض عليه بقالة وقوعه من أحد ضباط وحدة التفتيش بميناء القاهرة الجوى ؛ وهو من غير مأمورى الضبط القضائى فى شأن جرائم التهريب الجمركى وفى غير حالة التلبس وببطلان ما تلاه من إجراءات، وكان من المقرر أنه لا يجوز إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض ما دامت مدونات الحكم لا تحمل مقوماته ؛ لأنه من الدفوع القانونية التى تختلط بالواقع وتقتضى تحقيقا موضوعيا مما لا شأن لمحكمة النقض به، ومن ثم فإن ما ينعاه الطاعن فى هذا الخصوص يكون غير سديد".(1)

كما قضت أيضا بأنه "لما كان الثابت من محضر جلسة المحاكمة أن الطاعن لم يثر الدفع بشيوع التهمة بينه وبين المتهم الآخر، وكان الادعاء بشيوع التهمة هو من الدفوع الموضوعية التى لا تجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض ما لم تكن قد أبديت أمام محكمة الموضوع فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن يكون غير سديد".(2)

كما قضت بأنه " لما كان يبين من الاطلاع على محضر جلستى المحاكمة أن الطاعنة لم تدفع ببطلان تفتيشها على الأساس الذى تتحدث عنه فى وجه طعنها لإجرائه من غير أنثى، فإنه لا يقبل منها إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه فى حقيقته دفع موضوعى أساسه المنازعة فى سلامة الأدلة التى كونت منها المحكمة عقيدتها والتى اطمأنت منها إلى صحة

١- نقض جنائى جلسة ٢٨ أبريل عام ١٩٨٨ س ٣٩ ق ٩٧ ص ٦٥٨ .
٢- نقض جنائى جلسة ٣ فبراير عام ١٩٨٦ س ٣٧ ق ٤٧ ص ٢٢٦ - جلسة ١٥ مايو ١٩٨٦ س ٣٧ ق ١٠٩ ص ٥٥٢ جلسة ١٨ فبراير عام ١٩٨٧ س ٣٨ ق ٤٣ ص ٣٠١ - جلسة ١٦ أبريل ١٩٨٦ س ٣٧ ق ٩٨ ص ٤٨٣ جلسة ٢١ أبريل ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٧٦ ص ٥٤٤ .

إجراءات التفتيش".[1] ومما قضت به أيضا أنه "لما كان يبين من الاطلاع على محاضر جلسات المحاكمة بدرجتيها أن الطاعن لم يثر بها ما يثيره فى طعنه من أن الأمتعة المحكوم بمصادرتها هى مملوكة لوالده، وكانت هذه الأمور التى ينازع فيها لا تعدو أن تكون - دفع موضوعى - كان يتعين عليه التمسك بها أمام محكمة الموضوع ؛ لأنها تتطلب تحقيقا ولا يسوغ الجدل فى شأنها لأول مرة أمام محكمة النقض فإن نعيه على الحكم فى هذا الخصوص يكون غير مقبول".[2]

وما قيل عن الدفوع الموضوعية ينطبق بدوره على الطلبات فى الدعوى إذ يجب إبداؤها أمام محكمة الموضوع حتى يمكن التمسك بها أمام محكمة النقض وإلا كان ذلك غير مقبول. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "متى كان البين من الاطلاع على محضر جلسة المحاكمة أن الدفاع عن الطاعن لم يطلب من المحكمة استدعاء الطبيب الشرعى لمناقشته فى شأن السلاح المستعمل فى الحادث ؛ فليس للطاعن أن ينعى على المحكمة بذلك أمام محكمة النقض لكونه دفاعا موضوعيا تنحسر وظيفة محكمة النقض عن تحقيقه".[3] وبديهى أنه إذا ابدى الدفع الموضوعى أو الطلب أمام محكمة الموضوع ولم تستجب إليه المحكمة أو ترد عليه ؛ كان من حق الخصم الذى تمسك به أن يثيره أمام محكمة النقض للوصول إلى صحة ما قضت به محكمة الموضوع فى هذا الشأن أو عدم صحته.

١- نقض جنائى جلسة ٩ مايو ١٩٩٤ ط رقم ١١٢٠٧ لسنة ٦٢ ق س ٤٥ ق ٩٦ ص ٦٢٤ سالف الإشارة إليه بالبند ٧٨ من هذا البحث - جلسة ٣ يناير ١٩٩٤ ط رقم ١٩٩٤ لسنة ٦٢ ق منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة ٢٧ عدد ثان ص ٨٥٣ - جلسة ٢٠ أكتوبر عام ١٩٨٣ س ٣٤ ق ١٦٧ ص ٨٤١ - جلسة ١٣ مارس ١٩٨٣ س ٣٤ ق ٦٨ ص ٣٤٤ .

٢- نقض جنائى جلسة ٣٠ يناير ١٩٨٦ س ٣٧ ق ٣٩ ص ١٨٩ .

٣- نقض جنائى جلسة ٢٨ أبريل ١٩٨٣ س ٣٤ ق ١١٧ ص ٥٩٠ - جلسة ٢٢ فبراير ١٩٨٣ س ٣٤ ق ٥١ ص ٢٦٥ .

٩٠- الخلاصة واهم النتائج:

أن سائر أنواع الدفوع الشكلية والموضوعية والطلبات التى يجب إبداؤها أمام محكمة الموضوع هى تلك التى لا تتعلق بالنظام العام ويترتب على ذلك عدة نتائج:

١- لا يجوز للمحكمة أن تثير أيا من تلك الدفوع من تلقاء نفسها ؛ طالما أنها غير متعلقة بالنظام العام، ما لم يكن ذلك متعلقا بتطبيق القانون، إذ أن تطبيق القانون على وجهه الصحيح واجب على المحكمة بغير طلب من الخصوم، كالتحقق من توافر أحد أسباب الإباحة فى فعل المتهم إذا كانت أوراق الدعوى ترشح لذلك.

٢- لا يجوز للنيابة أن تثير الدفع الخاص بأحد أطراف الخصومة الجنائية غير المتعلق بالنظام العام ما لم يتمسك الخصم به، كالدفع ببطلان إجراءات التكليف بالحضور.

٣- يجوز للخصوم أن يتنازلوا عن التمسك بالدفع الغير متعلق بالنظام العام ويعد قبولهم على هذا النحو للإجراء الباطل تصحيح له.

٤- إذا ما أراد أى من الخصوم التمسك بدفع غير متعلق بالنظام العام تتحقق له من ورائه مصلحة ؛ فيجب أن يكون ذلك أمام سلطات التحقيق أو أمام محكمة الموضوع قبل إثارته أمام محكمة النقض، غير أن إبداءه أمام سلطات التحقيق لا يغنى عن وجوب التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى تكون المحكمة ملزمة ببحثه وتمحيصه قبولا أو رفضا.

المطلب الثانى
الدفوع التى يجوز إبداؤها أمام محكمة النقض لأول مرة

٩١- الدفوع الشكلية التى تثار أمام محكمة النقض:

ذكرنا فى المطلب السابق أن الدفوع الموضوعية فيما عدا الدفع بالقانون الأصلح والطلبات وجانب من الدفوع الشكلية لا تجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض : باعتبار أنها تستلزم تحقيقا موضوعيا. ومن ثم يلزم إثارتها ابتداءا أمام محكمة الموضوع. غير أن هناك طائفة من الدفوع - وهى تلك التى تتعلق بالنظام العام، وغالبا ما تكون فى الدفوع الشكلية كالدفع بعدم الاختصاص أو الموضوعية كالدفع بالقانون الأصلح - تجوز إثارتها فى كافة مراحل الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، بل وتستطيع المحكمة أن تتعرض لها من تلقاء نفسها طبقا للقاعدة المشار إليها سلفا، غير أنه وإن كانت هذه الدفوع تتعلق بالنظام العام ؛ فإنه لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كانت مقوماتها واضحة من مدونات الحكم أو كانت هذه المدونات تظاهرها وترشح لها ؛ وبشرط إلا تحتاج فى قبولها إلى إجراء تحقيق موضوعى مما يخرج عن وظيفة محكمة النقض بحسب الأصل.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الثابت من الاطلاع على محاضر الجلسات أن المدافع عن الطاعن لم يثر أمام محكمة الموضوع دفعا بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، وكانت مدونات الحكم لا ترشح له ولا يجوز له إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض لما يتطلبه من

تحقيق موضوعى تنأى عنه وظيفة محكمة النقض. ومن ثم فإن الطعن يكون مفصحا عن عدم قبوله موضوعا".[1]

كما قضت المحكمة تطبيقا لذلك أيضا أنه "من المقرر أن الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم تجوز إثارته فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض لتعلقه بالنظام العام، طالما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ما يحمل مقومات هذا الدفع".[2]

وقضت المحكمة أيضا لتطبيق هذا المبدأ فى الدفع بعدم الاختصاص بأنه " الدفع بعدم الاختصاص المحلى يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ؛ باعتبار أن القواعد المتعلقة بالاختصاص فى المسائل الجنائية كلها من النظام العام التى يجوز التمسك بها فى أية حالة كانت عليها الدعوى، إذا كان الدفع مستندا إلى وقائع أثبتها الحكم ولا تقتضى تحقيقا موضوعيا".[3]

وبأن "العبرة فى سن الحدث هى بمقدارها وقت ارتكاب الجريمة، وأن الاختصاص بمحاكمة الحدث تنعقد لمحكمة الأحداث وحدها دون غيرها ولا تشاركها فيه أى محكمة سواها، وكانت قواعد الاختصاص فى المواد الجنائية من حيث أشخاص المتهمين من النظام العام، ويجوز الدفع بمخالفتها لأول مرة أمام محكمة النقض أو تقضى هى فيه من تلقاء نفسها بدون طلب متى كان ذلك لمصلحة المحكوم عليه وكانت عناصر المخالفة ثابتة فى الحكم".[4]

كما قضت أيضا فى شأن الاختصاص الولائى بأنه "لما كان الطاعن لم يدفع أمام محكمة الموضوع بعدم اختصاصها ولائيا بنظر الدعوى، وكانت مدونات الحكم قد خلت مما يظاهر ما يدعيه الطاعن من عدم اختصاص محكمة أمن

١- نقض جنائى جلسة ١٢ ابريل عام ١٩٩٤ ط رقم ١٣٤٥٩ لسنة ٦١ ق س ٤٥ ق ٨٢ ص ٥١٢ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٥ ديسمبر عام ١٩٨٨ س ٣٩ ق ٢٠١ ص ١٣٣١ .
٣- نقض جنائى جلسة ٣٠ مارس عام ١٩٨٧ س ٣٨ ق ٨٣ ص ٥١٠ .
٤- نقض جنائى جلسة ٣١ ديسمبر عام ١٩٨٧ س ٣٨ ق ٢١٦ ص ١١٨٥، نقض جنائى جلسة ٣١ مارس عام ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٥٩ ص ٤١٥ .

الدولة العليا ولائيا بنظر الدعوى ؛ فإنه لا يجوز له أن يثير هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض ولو تعلق بالنظام العام، لكونه يحتاج إلى تحقيق موضوعى يخرج عن وظيفتها".[1]

٩٢- الدفوع الموضوعية الجائز إبداؤها أمام محكمة النقض:

ومن تطبيقات محكمة النقض فى الدفوع المتصلة بالنظام العام والتى تتعرض لها محكمة النقض من تلقاء نفسها "الدفع بالقانون الاصلح" وهو من الدفوع الموضوعية باعتبار أن الأصل المقرر فى القانون على مقتضى الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون العقوبات هو أن يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها.

وقد نصت الفقرة الثانية من نص المادة المشار إليها على أنه " ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل قبل الحكم فيه نهائيا قانون اصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره". وما أوردته بأحكامها المطردة من أنه "لما كانت المادة ٣٥ من القانون ٥٧ لسنة ,١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها، إذا صدر - بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه بحكم بات - قانون أصلح للمتهم، ولما كان القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ آنف الذكر بما نص عليه فى المادة ٢٤ منه يتحقق به معنى القانون الاصلح للمتهم فى حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات، إذ انشأ له مركزا قانونيا اصلح بما اشتملت عليه أحكامه من إعفاء من العقوبات المقررة للجريمة المسندة للطاعن إذا ما تحققت موجباته ؛ فإنه يتعين لذلك نقض الحكم المطعون فيه فى خصوص الدعوى الجنائية وحدها.[2]

وواضح من الحكم السابق أن الدفع المتعلق بالنظام العام تتعرض له المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به أى من الخصوم.

١- نقض جلسة ٩ يناير عام ١٩٨٦ س ٣٧ ق ١١ ص ٤٦ .

٢- نقض جنائى جلسة ٩ فبراير عام ١٩٨٤ س ٣٥ ق ٢٤ ص ١١٩ - جلسة ١٩ يناير عام ١٩٨٤ س ٣٥ ق١٣ ص ٦٩ .

٩٣- الخلاصة وأهم النتائج:

ويترتب على ذلك النتائج التالية:

١- يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تثير أى دفع متعلق بالنظام العام، ولا يعتبر ذلك خروجا على مبدأ حياد القاضى، لأنه متى كان الدفع متعلقا بالنظام العام فمن حق المحكمة أن تتصدى ليحثه دون دفع بذلك من الخصوم فهو واجب على المحكمة وليس فقط حقا لها.

٢- يجب على النيابة العامة أن تثير هذا الدفع المتعلق بالنظام العام ولو لم يتمسك به الخصوم.

٣- يجوز للخصوم أن يتمسكوا بهذا النوع من الدفوع فى أية مرحلة من مراحل التقاضى طالما كان متعلقا بالنظام العام، ولا يعتبر سكوتهم عن التمسك به نزولا عنه أو مسقطا لحقهم فى إثارته من بعد. ومن ثم فإن التمسك به أمام محكمة الدرجة الثانية جائز ولو لم يحصل التمسك به أمام سلطات التحقيق أو أمام محكمة أول درجة، كما يجوز إثارة هذا الدفع المتعلق بالنظام العام أمام محكمة النقض لأول مرة متى كانت مدونات الحكم تؤيده وكانت عناصره مطروحة فى الأوراق المعروضة على محكمة النقض.

٤- لا يجوز للخصوم التنازل عن تطبيق قاعدة قانونية يتضمنها الدفع ؛ متى كانت متعلقة بالنظام العام كما لا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، ومثل هذا الاتفاق يقع باطلا بطلانا مطلقا .

المبحث الثالث

إثبات الدفع وتقادمه

المطلب الأول

عبء إثبات الدفع

٩٤ - المقصود بالإثبات:

يقصد بالإثبات فى تبسيط تام أنه عملية "برهنة" أو تدليل على حقيقة واقعة . وفكرة الإثبات فى حد ذاتها فكرة مركبة يمكن النظر إليها من خلال النتيجة التى أسفرت عنها، وهى اليقين القضائى الذى انتهى إليه وهو وجه يثير مسألة تحديد الظروف التى يمكن فيها أن نقرر بأن هذا اليقين قد تحقق.[١] ولكن الإثبات يمكن النظر إليه من جهة ثانية من ناحية طرق الإثبات أو الوسائل التى يتوسل بها أطراف الدعوى للتدليل على حقيقة واقعة les moyens de la demonstration [٢] كالاعتراف والشهادة والمعاينة وتقارير الخبراء والقرائن. والإثبات فى المواد الجنائية محكوم بقواعد خاصة يجعل له ذاتية متميزة، وفكرة نظرية مغايرة تنعكس على قواعده، على نحو يجعل له نظرية مستقلة عنه فى فروع القانون الأخرى سواء من حيث عبئه أو أدلته.

١-انظر mitier maier,"traité de la preuve en matiere.criminelle" paris 1848 p.78
٢ - د. زكى أبو عامر الإثبات فى المواد الجنائية ط ١٩٧٧ دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ص ١٧ وما بعدها.
garraud "traite d'instruction criminelle et de procedure penale" 1 no3p.7-

٩٥- دور قرينة البراءة فى الإثبات:

وإذا كانت القاعدة التى سرنا عليها فى تعريف الدفوع والمأخوذة من أحكام النقض المدنى منذ بداية البحث تفترض أن المدعى عليه ينقلب مدعيا عند الدفع ؛ فيقع عليه عبء إثبات ما يدعيه من دفوع واوجه دفاع . فإن قرينة البراءة فى مجال الإجراءات الجنائية تلعب دورها فى تجنيب انطباق تلك القاعدة على إثبات الدفوع والطلبات فى المواد الجنائية، بحيث لا يكون المتهم مكلفا بأن يقيم هو نفسه الدليل على الوقائع التى يدفع بها، أو اوجه الدفاع التى يتقدم بها إلى القضاء ؛ وإنما يقع على النيابة العامة عبء إثبات عدم توافرها. لأن افتراض البراءة فى المتهم لا يلقى على النيابة العامة فقط عبء إثبات العناصر التى تقوم على أساسها المسئولية الجنائية للمتهم، إنما عليها أن تثبت كذلك عدم وجود كل ما من شأنه أن يعوق قيام هذه المسئولية، ليس فقط عندما يكون ذلك محل دفع أو دفاع من جانب المتهم و إنما كذلك فى كل مرة يكون مثل هذا الدفاع مرشحا للانطباق فى واقع الحال. بل أن التطبيق الدقيق لقرينة البراءة يتطلب من النيابة العامة أن تثبت عدم وجود شىء من ذلك فى كل محاكمة.[١]

فإذا دفع المتهم بتوافر سبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعى أو مانع من موانع المسئولية كالإكراه أو مانع من موانع العقاب ؛ كاعتراف الراشى فى جريمة الرشوة أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية كذلك إذا دفع بتوافر أى من الدفوع الشكلية التى سيرد بيانها كالدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم. فمن الذى يتحمل عبء الإثبات فى هذه الفروض؟ هل يتحملها المتهم استنادا لما سبق قوله من أن المدعى عليه يصير مدعيا بالدفع أم سلطة الاتهام، استنادا إلى قرينة البراءة التى لها سمتها الذاتية فى الإجراءات الجنائية؟

١- د. هلالى عبد الله احمد: "النظرية العامة للإثبات فى المواد الجنائية" رسالة دكتوراه جامعة القاهرة عام ١٩٨٤ص ٩٤٦ وما بعدها - د.محمد زكى أبو عامر: "الإثبات فى المواد الجنائية" سالف الإشارة إليه ص ٧٠ وما بعدها.

٩٦- آراء الفقه حول عبء إثبات الدفع:

لم يجب القانون صراحة على هذه التساؤلات، ولذا اختلف الفقه والقضاء فى الشرائع المختلفة بالنسبة لها. ويمكن رد هذا الخلاف فى الفقه إلى اتجاهين رئيسيين:

(أ) الاتجاه الأول: يرى أن قاعدة المدعى عليه يصير مدعيا بالدفع هى قاعدة عامة ؛ مجالها لا يقتصر على قانون المرافعات والقانون المدنى بل يمتد إلى بقية فروع القانون، ووفقا لهذا التصور فإن رأيا فى الفقه الفرنسى يتجه إلى القول بأن المتهم الذى يدفع بوجود سبب من أسباب الإباحة أو عذر من الأعذار المعفية من المسئولية أو العقاب عليه أن يثبت ذلك، لأنه يصبح مدعيا فى هذه الدفوع[1] وقد انحاز القضاء فى فرنسا بالنسبة "للدفع بالإكراه" إلى هذا الاتجاه أيضا والقى صراحة بعبء الإثبات على عاتق المتهم، وقد شبهت محكمة النقض الفرنسية الإكراه فى المواد الجنائية بالقوة القاهرة فى المواد المدنية حيث ينبغى على من يتمسك بها أن يثبتها.[2] وقد حظى هذا الاتجاه بنوع من التأييد فى مصر حيث يرى جانب من الفقه أنه "لما كان الأصل فى الإنسان أنه مسئول عن أفعاله، فإن نفى هذا الأصل يقع على من يدعى به. ولذلك إذا دفع المتهم بأنه قد قام لديه مانع من موانع المسئولية فعليه أن يثبت ذلك، وكذلك الحال إذا قام لديه سبب خاص من أسباب الإباحة أو مانع من موانع العقاب فعليه إثبات ما يدعيه".[3]

(ب) الاتجاه الثانى: أما هذا الاتجاه فيذهب إلى أنه إذا كان السائد فى المواد المدنية أن يلتزم المدعى عليه بإثبات الدفع الذى يتمسك به تأسيسا على

١- merle et vitu. Op. Cit no 391 د. هلالى عبد الله أحمد "النظرية العامة للإثبات فى المواد الجنائية" رسالة الدكتوراه المشار إليها ص ٩٤٧ .

٢- cass crim fevr. 1936 d 1936 1.45

٣- د. مأمون سلامة "قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بلفقه وأحكام النقض" ط ١٩٨٠ دار الفكر العربى ص ٨٦٩ سالف الإشارة إليه.

أنه يصير بدفعه مدعيا فيتعين عليه إثبات ادعائه بالدفع، وذلك يجد سنده فى الشق الأخير من المادة الأولى فى قانون الإثبات التى ذكرت أنه "على المدين إثبات التخلص من الالتزام". إلا أنه لا مجال لهذه القاعدة فى الإجراءات الجنائية حيث يفترض فى المتهم البراءة. فإدانة المتهم تعنى إثبات عدم وجود سبب للبراءة. ولذلك يجب على سلطة الاتهام إقامة الدليل على كافة شرائط وجود الجريمة والإدانة وبالتالى عدم وجود سبب إباحه أو أعذار من الممكن أن تؤدى إلى الإعفاء من المسئولية أو العقاب. وتأسيسا على ما تقدم فانه يكفى من جانب المتهم أن يتمسك بالدفع الذى يواجه به التهمة دون أن يلزم بإثبات صحته وعلى النيابة العامة والمحكمة التحقق من مدى صحة هذا الدفع.[1]

٩٧- رأينا فى الموضوع:

ونحن من جانبنا نرى صحة الأخذ بالاتجاه الثانى فى إلقاء عبء الإثبات على النيابة والمحكمة لسلامة الأسس التى بنى عليها والسالف الإشارة إليها خاصة وان أحكام محكمة النقض المصرية قد تواترت على الأخذ بهذا الاتجاه وتعليلها فى الأخذ بهذا الاتجاه يرجع إلى انه على المحكمة وسلطة الاتهام إثبات انتفاء أسباب الإباحة أو موانع العقاب أو غيرها من الدفوع الموضوعية ؛ لان إثبات انتفائها هو إثبات لتوافر الركن الشرعى للجريمة فيدخل فى نطاق التزام المحكمة والاتهام بإثبات توافر أركان الجريمة كافة. ولان الدور الإيجابى للقاضى الجنائى يفرض عليه أن يتحرى الحقيقة بنفسه، فإذا دفع المتهم بسبب إباحة يتعين عليه أن يتحرى صحة هذا الدفع وقد يكلف النيابة أن تعاونه فى ذلك. ويدعم هذا التعليل أيضا "قرينة البراءة" وما تعنيه من "تفسير الشك لمصلحة المتهم".

١- د. نجيب حسنى "شرح قانون الإجراءات الجنائية" سالف الإشارة إليه ط ١٩٨٨ ص ٤١٩ بند ٤٦١ -
د. احمد فتحى سرور "الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية" ط ١٩٩٣ نادى القضاة ص ٧٦٦ -
د. محمد زكى أبو عامر "الإثبات فى المواد الجنائية" سالف الإشارة إليه ص ٧٤ بند ٢٦ .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان المتهم بالضرب مع سبق الإصرار قد تمسك بانتفاء سبق الإصرار لديه، ومع ذلك لم ترد المحكمة على هذا الدفاع أو تقيم الدليل على توافر سبق الإصرار فان حكمها يكون معيبا بما يوجب نقضه.[1]

كما قضت أيضا تأييدا لأن المحكمة هى المكلفة بإثبات الدفع بأنه "إذا كانت الحكمة قد أثبتت أن المتهمين قد بيتوا النية على ارتكاب الجرم ونفذوا هذه النية بأن ضربوا المجنى عليه عمدا مع سبق الإصرار فأحدثوا به الإصابات المبينة بالتقارير الطبية ؛ فأنها تكون بذلك قد ردت على دفاع المتهمين من أنهم كانوا فى حالة دفاع شرعي وخلصت إلى تفنيده"[2] وكذلك قضت بأن "الدفع باعتبار الحجز كأن لم يكن من الدفوع الجوهرية التى يتعين على محكمة الموضوع أن تحققها أو ترد عليها بأسباب سائغة لأنه يتجه لنفى عنصر أساسى من عناصر الجريمة، أما وهى لم تفعل فإن حكمها يكون مشوبا بعيب الإخلال بحق الدفاع".[3]

كما قضت المحكمة أيضا فى بيان عبء الإثبات للدفع بالجنون بأنه "وإن كان تقدير حالة المتهم العقلية من المسائل الموضوعية التى تختص محكمة الموضوع بالفصل فيها، غير أنه من الواجب عليها أن تبين فى حكمها الأسباب التى تبنى عليها قضاءها فى هذه المسألة بيانا كافيا لا إجمال فيه وليس لها أن تستند فى إثبات عدم إصابة المتهم بمرض عقلى إلى أنه لم يقدم إليها دليلا تثق به، بل إن من واجبها فى هذه الحالة أن تتثبت هى من أنه لم يكن مصابا بهذا المرض وقت

١- نقض جنائى جلسة ٢٦ نوفمبر ١٩٥١ س ٢ ص ٢١٤ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٦ يناير ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٨٢ .
٣- نقض جلسة ١٧ مارس ١٩٩٣ ط رقم ٢٣٧٦ لسنة ٦٠ ق مشار إليها مجلة القضاة الفصلية السنة ٢٧ العدد الأول ص ٩٠٢ سالف الإشارة إليه.

ارتكاب الفعل، ولا يجوز أن تطالبه هو بإقامة الدليل على دعواه".[1]

٩٨- الفرق بين عبء الادعاء و عبء الإثبات:

على أن مسايرتنا للاتجاه الثانى الذى يسير عليه جمهور الفقه وأحكام القضاء لا يتعارض مع ما سبق أن أبديناه من رأى، من أننا نعتنق التعريف الذى يبين أن الدفع هو دعوى بمعنى أن المدعى عليه ينقلب مدعياً عند دفع الدعوى بدفع ما. ذلك أنه ينبغى التفرقة بين أمرين:

عبء الادعـاء " charge de L'allegation "

وعبء الإثبات " charge de preuve "

ونعنى بعبء الادعاء أن يقوم المتهم - الذى يتوافر فى حقه دفع من الدفوع الشكلية أو الموضوعية - بالدفع بهذا السبب ولكنه لا يقوم بإثباته، أما عبء إثبات هذه الأسباب أو الدفوع فيقع على عاتق النيابة و المحكمة. وذلك على أساس أن سلطة الاتهام أكثر من المتهم من حيث المكنات و الصلاحيات التى تملكها، وبالتالى فهى أقدر منه على أن تكشف للقاضى الحقيقة فى شأن هذا الدفع، وكما سبق القول فإن الدور الإيجابى الذى يلعبه القضاة فى الدعوى الجنائية وفقا لمبدأ حرية الإثبات و الاقتناع - يفرض عليهم أن يتحروا الحقيقة بأنفسهم بل يجب عليهم - ومن تلقاء أنفسهم أن يحلوا محل المتهم فى استظهار وسائل الدفاع و أن لم يقدر المتهم على ذلك.

٩٩- استثناءات على القاعدة العامة فى الإثبات الجنائى:

قدمنا أن هناك فروقاً بين عبء الادعاء أى التمسك بالدفع المدعى به و عبء إثبات هذا الدفع، وقلنا أن عبء الإثبات يقع على عاتق النيابة و المحكمة على

١- نقض جنائى جلسة ١٨ يناير ١٩٦٥ س ١٦ ص ٦٥ . عكس هذا الرأى انظر د. نجيب حسنى . الإجراءات. المرجع السابق ص ٤٠٢ حيث يرى أنه يحد من تطبيق هذه القاعدة اعتبار منطقى ذلك بان دفع المتهم هو ادعاء بما يخالف الأصل، لان الأصل فى الناس التمييز والاختيار والحرية ومن ثم يلتزم المتهم بإثبات دفعه ثم عدل عنه بقوله "فى العمل يتولى القاضى بنفسه الأمر فينتدب الخبير الذى يحقق صحة دفع المتهم".

نحو ما أوضحنا سلفاً فى المواد الجنائية، سواء بالنسبة للدفوع المتعلقة بأركان الجريمة و ظروفها و شروطها المفترضة أو باقى الدفوع الشكلية، إلا أن المشرع وقضاء محكمة النقض قد خرجا على هذا الأصل بحالات استثنائية ألقى فيها بعبء الإثبات فى نفى الاتهام أو إثبات الدفع على عاتق المتهم منها على سبيل المثال:

١- افتراض علم الشريك فى الزنا بزواج من زنا بها، و افتراض علم المتهم بجريمة هتك العرض دون قوة أو تهديد بحقيقة سن المجنى عليها، وأنها دون الثامنة عشر، وقد تواترت أحكام محكمة النقض فى هذا الخصوص على أن النيابة لا تحمل عبء إثبات اتهام المتهم بهذه الأمور ؛ بل أنه لا يقبل من المتهم مجرد دفعه بجهله بها بل يتعين عليه أن يثبت هذا الجهل، ولا يقبل منه أى دليل بل يتعين عليه "أن يثبت أن جهله يرجع لأسباب قهرية أو ظروف استثنائية وأنه لم يكن بمقدوره بحال أن يقف على الحقيقة".[١]

٢- ما قرره المشرع المصرى فى المادة ٦٣ عقوبات من أنه "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية: إذا حسنت نيته و ارتكب فعلا اعتقد أن إجراءه من اختصاصه أو إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس اعتقد أن طاعته واجبة عليه". وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعية الفعل، وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة. ومضمون تلك الإباحة هو أن الأصل قيام المسئولية على عاتق الموظف الأميرى فى حالة ارتكابه لتصرف غير قانونى مشكل لجريمة، غاية الأمر أنه يستطيع إذا أثبت حسن نيته أى اعتقاده بمشروعية التصرف المتخذ أو المأمور به أى الجهل بعدم مشروعيته أن ينفى القصد الجنائى اللازم لقيام المسئولية عن جريمة عمدية، فإذا كانت الجريمة التى وقعت تقوم فى صورتها غير العمدية وجب على الموظف لنفى الخطأ غير

١- نقض جنائى جلسة ١١ ابريل ١٩٧١ س ٢٢ ق ٨٦ ص ٣٥٠ .

المقصود أن يثبت أنه قام بالتثبت و التحرى قبل اتخاذ التصرف أو تنفيذ الأمر غير القانونى وأن يكون اعتقاده بالمشروعية قائما على أسباب معقولة.

٣- المسئولية الفرضية لصاحب المحل: إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٨ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين و الفقرة الثانية من المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ بشأن التسعير الجبرى وتحديد الأرباح على أن "يكون صاحب المحل مسئولا مع مديره أو القائم على إدارته على كل ما يقع فى المحل من مخالفات. فإذا أثبت أنه بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع المخالفة اقتصرت العقوبة على الغرامة". ومن هنا يتضح أن مسئولية صاحب المحل الجنائية فى كلا الحالتين مفترضة و يستحق عليها عقوبتى الحبس و الغرامة، إلا إذا أثبت صاحب المحل غيابه أو استحالة مراقبة المحل فإنه يجوز فى هذه الحالة إسقاط عقوبة الحبس دون الغرامة وعلى هذا الأساس فإن النيابة العامة تعفى من إقامة الدليل على مسئولية صاحب المحل عن تلك الجرائم، ويكون عليه هو الاستفادة من العذر المخفف للعقوبة أن يقيم الدليل على غيابه أو استحالة المراقبة.[1]

٤- فى خصوص جريمة القذف فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة بإحدى الطرق المبينة فى المادة ١٧١ عقوبات المنصوص عليها بالمادة ٣٠٢ فقرة ٢، أباح القانون هذا القذف إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة وبشرط إثبات حقيقة كل فعل اسند إليه ووضعت الفقرة التالية من تلك المادة عبء إقامة الدليل على ذلك على عاتق المتهم، على خلاف الأصل العام المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة ٣٠٢ المشار إليها ,والتى يقع عبء الإثبات فيها - كقاعدة عامة - على النيابة العامة .

١- نقض جنائى جلسة ٢٠ يناير ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٥٦.

كذلك ما قررته المادة ٢٢٥ إجراءات بأن تتبع المحاكم الجنائية فى المسائل غير الجنائية التى تفصل فيها تبعا للدعوة الجنائية طرق الإثبات المقررة فى القانون الخاص بتلك المسائل. وهو مبدأ مستقر فى القضاء من قديم ويرجع أساسه إلى ضرورة خضوع المسائل غير الجنائية لقانون واحد فى إثباتها مهما تنوع القضاء الذى ينظرها، حتى لا يتخذ البعض من القضاء الجنائى ذريعة للتهرب من قواعد الإثبات. وكما قلنا آنفا فإن الإثبات فى المسائل المدنية يخضع لقاعدة أن البينة على من إدعى، وأن المدعى عليه يصبح مدعيا عند الدفع. فيكون على المتهم إذن عبء إثبات ما يدعيه من وقائع مدنية تشكل عنصرا لازما لقيام الجريمة [1] وتأكيدا لذلك قضت محكمة النقض ؛ بأن "إغفال الحكم الرد على دفع الطاعن بتوجيه اليمين الحاسمة بشأن عقد الأمانة للمطعون ضده رغم جوهريته يترتب عليه القصور الذى يبطل الحكم".[2]

٥- ما قررته المادة ٣٠١ إجراءات التى نصت على أن "تعتبر المحاضر محررة فى مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التى يثبتها المأمورون المختصون إلى أن يثبت ما ينفيها". ووفقا لهذا النص تتوافر قرينة قانونية ضد المتهم على صحة الوقائع المثبتة فى محاضر المخالفات وبمقتضاها ينتقل عبء الإثبات على عاتق المتهم ويمكن للمحكمة بناء عليها أن تؤسس حكمها بالإدانة، إذا كانت الوقائع المثبتة بها كافية لذلك وطالما لم يثبت المتهم عكس ما جاء بها.

٦- ما جاء بنص القانون ٧٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل لبعض أحكام قانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ سنة ١٩٦٣ حين نصت المادة (١٢١) المعدلة على أنه "يعتبر فى حكم التهريب حيازة البضائع الأجنبية بقصد الاتجار مع العلم أنها مهربة"، ويفترض العلم إذا لم يقدم من وجدت فى حيازته هذه البضائع - بقصد الاتجار - المستندات الدالة على أنها قد سددت عنها

١- نقض جنائى جلسة ٩ ديسمبر ١٩٦٨ س ١٩ ق ٢١٧ ص ١٠٦٢ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٣ فبراير ١٩٩٩ ط رقم ٧٠٤ لسنة ٦٤ ق مشار إليها بالمستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض فى ٢٠٠١ .

الضرائب الجمركية، وغيرها من الضرائب والرسوم المقررة. وفى هذا النص أيضا ينقل المشرع عبء إثبات عدم العلم بالتهريب.

٧- وما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ المعدل بافتراض العلم بالغش أو الفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة وعليه هو أن يثبت عدم علمه.

١٠٠- تطبيقات المحكمة الدستورية فى شأن بعض الإستثناءات:

يرى جانب من الفقه أن افتراض العلم بالتهريب أو الغش هو مخالفة دستورية لقرينة البراءة.[١] التى هى ركن من أركان الشرعية الإجرائية والتى لا يحد من نطاقها غير الحكم الصادر بالإدانة وحده. ويعتبر أن كل قرينة قانونية - تنقل عبء الإثبات على عاتق المتهم - تعتبر افتئاتا على الأصل العام فى المتهم وهو البراءة. وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا هذا الاتجاه حينما قضت بجلستها المنعقدة ١٩٩٢/٢/٢ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ ق دستورية بعدم دستورية المادة ١٢١ من قانون الجمارك فيما تضمنته الفقرة ٢ من هذه المادة بافتراض العلم بالتهريب. وقالت فى هذا الخصوص "إن المشرع إذ أعفى النيابة العامة من التزاماتها بالنسبة إلى واقعة بذاتها تتصل بالقصد الجنائى وتعتبر من عناصره، هى واقعة علم المتهم بتهريب البضائع الأجنبية التى يحوزها بقصد الاتجار فيها، حاجبا بذلك محكمة الموضوع عن تحقيقها وأن تقول كلمتها بشأنها بعد أن افترض النص المطعون عليه هذا العلم بقرينة تحكميه ونقل عبء نفيه إلى المتهم، فإن عمله يعد انتحالا لاختصاص كفله الدستور للسلطة القضائية، وإخلالا بموجبات الفصل بينها وبين السلطة التشريعية، ومناقضا كذلك لافتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه فى كل وقائعها وعناصرها ومخالفا لنص المادة ٦٧ من الدستور".[٢]

١- د. أحمد فتحى سرور: الوسيط فى الإجراءات المرجع السابق ص ٧٧٠ وما بعدها.
٢- مشار إليه فى مجلة القضاة الفصلية السنة ٢٥ العدد الأول ص ١١ .

كما قضت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من البند رقم (١) من المادةالثانية من قانون قمع التدليس والغش رقم ٤٨ لسنة ٤١ المعدل بالقانون ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ والتى كانت تقضى بافتراض العلم بالغش أو الفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة أو من الباعة الجائلين فى حكمها الصادر فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية دستورية وبجلستها المنعقدة فى ٢٠/٥/١٩٩٥[١] وترتيبا على ذلك يتعين لإدانة المتهم فى جريمة الغش أن يثبت أنه هو الذى ارتكب فعل الغش أو أنه يعلم بالغش أو الفساد. فجريمة عرض أغذية مغشوشة أو فاسدة من الجرائم العمدية التى يعتبر القصد الجنائى ركنا فيها. ويجب على المحكمة أن تتحقق بنفسها من علم المتهم بحقيقة الأمر فى شأن كل واقعة تقوم عليها الجريمة، وأن يكون هذا العلم يقينا لا ظنيا ولا افتراضيا مع ملاحظة أنه بهذا الحكم أصبح عبء إثبات علم المتهم بالغش أو الفساد يقع على النيابة العامة.

كما قضت أيضا بعدم دستورية نص المادة ١٨ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها وذلك فيما تضمنته من معاقبة من يخالف أحكام المادة الثانية من هذا القانون بعقوبة المخالفة إذا كان حسن النية، وذلك فى حكمها الصادر فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية بجلستها المنعقدة فى ٢/١٢/١٩٩٥[٢] . وترتيبا على ذلك إذا ثبت أن المتهم كان حسن النية وخلت الأوراق من نسبة أى إهمال إليه، وجب الحكم بالبراءة. وفى هذه الحالة أيضا نجد أن عبء الإثبات انتقل إلى النيابة العامة بدلا من المتهم.

كذلك قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ من قانون العقوبات، من معاقبة رئيس تحرير الجريدة - أو المحرر المسئول عن قسمها الذى حصل فيه النشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير - بصفته

١- مشار إليه بالإرشادات القضائية الصادرة من نادى القضاة الجزء الخامس إعداد المستشار - يحيى إسماعيل ص ١٦ .

٢- مشار إليه بالإرشادات القضائية سالف الإشارة إليها الجزء الخامس ص ١٧ .

فاعلا أصليا للجرائم التى ترتكب بوساطة صحيفته، وسقوط فقرتها الثانية. وذلك فى حكمها الصادر بجلستها المنعقدة فى ١ فبراير سنة ١٩٩٧ فى الدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية.[١] تأسيسا على أن النص المشار إليه جعل رئيس التحرير مكلفا بدفع الاتهام الجنائى عن نفسه خلافا لافتراض البراءة، وهو افتراض جرى قضاء المحكمة الدستورية على اقترانه بوسائل إجرائية إلزامية، تعتبر من زاوية دستورية وثيقة الصلة بالحق فى الدفاع، ومن بينها أن المتهم لا يكون مكلفا بدفع الاتهام إلا بعد أن تقدم النيابة العامة بنفسها ما تراه من وجهة نظرها إثباتا للجريمة التى نسبتها إليه، لينشأ بعدئذ للمتهم الحق فى نفيها بالوسائل التى يملكها قانونا. وهو ما يعنى بدوره العودة إلى الأصل العام فى إلقاء عبء إثبات الدفوع على النيابة العامة والمحكمة على ما سلف بيانه فى موضعه من هذا المطلب والذى استقر عليه الرأى الغالب فى الفقه الجنائى. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "القضاء ببراءة رئيس تحرير الصحيفة ورفض دعوى التعويض المقامة ضده، ثم صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعد ذلك بجعل الفعل المقدم به غير مؤثم ومن ثم فقد بات لا جدوى من الطعن بالنسبة إلى المطعون ضده المذكور بعد أن صارت النتيجة التى خلص إليها الحكم متفقة وحكم المحكمة الدستورية آنف الذكر.[٢]

١- الجزء الثامن من أحكام المحكمة الدستورية الصادر من عام ١٩٩٦ حتى يونيو ١٩٩٨ ص ٢٨٦ ق رقم ١٩ . واستنادا للحجية المطلقة للحكم قضت بانتهاء الخصومة فى الدعاوى أرقام ٣٨ لسنة ١٨ دستورية، ٤٩ لسنة ١٨ دستورية، ١١٣ لسنة ١٨ دستورية بجلسة ١٩٩٧/٤/٥، والدعوى رقم ١١٥ لسنة ١٨ دستورية بجلسة ١٩٩٧/٦/٧ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٤ نوفمبر ١٩٩٩ الطعن رقم ٢٠٤٧١ لسنة ٦٠ ق . لم ينشر بعد.

المطلب الثانى
تقادم الدفوع

١٠١- تمهيد:

لم يرد فقه الإجراءات الجنائية أو القضاء الجنائى على تساؤل هام، وهو: هل الدفوع تتقادم أم لا تتقادم؟ وإذا كنا نسعى فى هذا البحث لتأصيل نظرية للدفوع فى الإجراءات الجنائية ذات نظام قانونى متكامل وذى ضوابط محددة، فسوف نحاول الإجابة على هذا التساؤل فى هذا المطلب. ذلك أننى اعتنقت منذ بداية البحث تعريفا محددا للدفع وهو القائل بأنه دعوى. وأذ كانت الدعوى بوجه عام والدعوى الجنائية بوجه خاص تتقادم وتخضع للمدد المحددة للتقادم المسقط فهل يتقادم الدفع هو الآخر بدوره؟

اختلفت الآراء فى فقه المرافعات فى هذا الأمر تحديدا. فجانب يرى[١] أن الدفوع لا تتقادم استنادا لقاعدة معروفة تسمى "أبدية الدفوع".[٢] وتأييدا لهذا الرأى يرى جانب آخر من الفقه[٣] أن هذا المبدأ وإن لم يرد فى نصوص التقنين المدنى إلا أن الأعمال التحضيرية تكشف عن اتجاه المشرع إلى الأخذ به كأمر

١- د. عبد الرازق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى ج الأول سالف الإشارة إليه ص ٦٩٠ د. عبد الباسط جميعى: مبادئ المرافعات. المرجع السابق ص ١٨٥ .

٢- رسالة دكتوراه ديسو (dessaux) عن مبدأ دوام الدفوع وارتباطه بالمادة ١٣٠٤ مدنى فرنسى "باريس ١٩٣٧" مشار إليها بمرجع الدكتور السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى - مصادر الالتزام - الجزء الأول - العقد ص ٦٩٣ فى الهامش.

٣- د. جميل الشرقاوى: "بطلان التصرف القانونى" رسالة دكتوراه عام ١٩٥٣ جامعة القاهرة ص ٣٩٤ .

مسلم - لا يحتاج إلى نص - وقد كانت المادة (١٤٥) من مشروع القانون تتضمن نصا بهذا المعنى غير أنه حذف حتى لا يثير وروده فى باب البطلان بالذات شبهة فى أن الدفوع تسقط فى غير ذلك. وقد ساق هذا الاتجاه من الفقه فى مجموعة مثالا تأييدا لرأيه فى شأن العقد الباطل ويقررون بأنه إذا مضى على صدوره خمس عشرة سنة ثم رفع ذو مصلحة دعوى البطلان، أمكن دفعها بالتقادم. ذلك أن أوضاعا قد استقرت منذ صدور العقد الباطل، وبقيت دهرا طويلا فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان، ولكن هذا لا يعنى أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحا فهو لا يزال باطلا ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم، وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض بأن "دعوى بطلان عقد بيع تأسيسا على أنه فى حقيقته بيع وفاء وأنه باطل بطلان مطلقا - هذه الدعوى تتقادم بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد احتراما للأوضاع التى استقرت بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل، وأذ أقام الحكم المطعون فيه على أن البطلان المطلق لا يرد عليه تقادم فأنه يكون قد خالف القانون".[١]

ويستطرد صاحب هذا الرأى مقررا أنه على الرغم من سقوط دعوى البطلان بالتقادم ؛ فإن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم لأن العقد الباطل لا ينقلب صحيحا بالتقادم مهما طالت المدة، فإذا باع شخص أرضا وكان البيع باطلا، ولم يسلم الأرض للمشترى، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم، ولكن ما دامت الأرض فى يده ولم يسلمها للمشترى فهو فى غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان. وإذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط.[٢] وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "وإن كانت

١- نقض مدنى جلسة ٢٥ نوفمبر ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض المدنى س ٢٦ ق ٢٧٨ ص ١٤٤٧ .
٢- د. السنهورى: المرجع السابق ص ٦٩٤ .

دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما فلا ينقلب مع الزمن صحيحا وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم، لأنه دفع والدفوع لا تتقادم مطلقا فإن ذلك يكفى لتقرير نتيجته اللازمة قانونا وهى عدم تقادم الدفع بهذا لبطلان بغير حاجة للإشارة إلى ذلك صراحة أو للرد على ما يتمسك به الدائن فى هذا الصدد".[1]

على أن هذا الرأى يقرر أن الدفع إذا ما اتخذ صورة دعوى فإنه يتقادم. ويسوق بيانا لذلك مثال العقد القابل للإبطال فيقرر أن الدفع بالإبطال فى العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان فى العقد الباطل فى أن الدفع فى الحالة الأولى هو فى حقيقته دعوى وكذلك فى صورته إذ سيتخذ من ناحية الإجراءات صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد، أما الدفع فى الحالة الثانية فهو دفع محض من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات، ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقادم لأنه دعوى والدعاوى يرد عليها التقادم، أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم لأنه دفع والدفوع لا تتقادم.[2]

إلا أن جانبا آخر من الفقه[3] يرى عكس هذا الرأى ويؤكد أن الدعوى أو الدفع هما وسيلة المطالبة القضائية. فإذا جاز التمسك بأمر جاز طلبه وجاز دفعه، وإذا امتنع التمسك به، امتنع سواء فى صورة طلب أو فى صورة دفع. بمعنى أنه إذا كانت الدعوى تتقادم فكذلك الدفع هو الآخر يتقادم. فلم يقم هذا الرأى بذلك معيارا للتفرقة بين الدفع فى صورته كدعوى أو صورته كدفع محض على غرار الرأى السابق.

١- نقض مدنى جلسة ١١ أبريل ١٩٥٧ س ٨ ص ٤٠٤، نقض مدنى جلسة ١٢ أبريل ١٩٩٣ س ٤٤ عدد ٢ ق ١٨٦ ص ٢٨٦ .

٢- د. السنهورى: المرجع السابق ص ٦٩٧ الهامش.

٣- د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ط. ١٩٨٨ ص ١٣، ١٤ سالف الإشارة إليه بالبند ٨ من هذا البحث.

١٠٢- تقادم الدفوع فى قانون الإجراءات:

هذا عن فكرة تقادم الدفوع فى قانون المرافعات، غير أن مسألة تقادم الدفوع تختلف فى قانون الإجراءات عنها فى قانون المرافعات، وحتى يمكننا وضع ضوابط محددة لفكرة تقادم الدفوع فى الإجراءات ينبغى أن نعرض أولا لجزاء السقوط فى قانون الإجراءات حتى يمكن تحديد أى من حالاته التى يسقط فيها الدفع، وتظهر فيه فكرة تقادم الدفع وسوف يتبين لنا أنها الحالة المرتبطة بانقضاء المدة على اعتبار أن مضى المدة فى تقادم الدعوى قرينة على نسيان الواقعة، ومن ثم فإننا إذا ما اعتبرنا الدفع دعوى على النحو المبين بهذا البحث وكانت الدعوى تتقادم ؛ فإن الدفع إذا ما ارتبط فى إبدائه بمدة معينة بحيث يسقط بعد فوات هذه المدة فإنه يتقادم شأنه فى ذلك شأن الدعوى، أما باقى حالات السقوط فهى تختلف عن فكرة تقادم الدفوع فى عدة نواحى سوف نعرض لها عند الحديث عن فكرة السقوط، ثم نختتم ذلك ببيان معيار محدد لفكرة تقادم الدفوع الجنائية بعد استعراض حالات السقوط آخذا مما ورد فى فقه المرافعات فى هذا الشان.

١٠٣- سقوط الحق فى إثارة الدفع:

يدق الأمر فى التفرقة بين تقادم الدفوع وسقوط الحق فى إثارة الدفع. فقد ذكرنا آنفا أن هناك حق يبقى رغم انقضاء الدعوى يستطيع صاحبه أن يتمسك به " بطريق الدفع" طبقا لقاعدة "أبدية الدفوع" أو أن الدفوع لا تتقادم. غير أن ذلك يختلف اختلافا جوهريا عن سقوط الحق فى إثارة الدفع. فقانون الإجراءات الجنائية يتضمن مجموعة من القواعد التى تحكم إجراءات الدعوى الجنائية فى مختلف مراحلها، أى منذ وقوع الجريمة حتى صدور حكم بات فيها. ويتضمن فى ذات الوقت قواعد تحكم كيفية استعمال كل طرف من أطراف الدعوى الجنائية للحقوق الإجرائية التى يخولها له القانون. وتنظيم المشرع لهذه الحقوق الإجرائية لا يجعل من استعمال الخصم لتلك الحقوق

حقا مطلقا، وإنما نجد القواعد القانونية تضع من الشروط والضوابط ما يكفل عدم التعسف فى استعمالها ويضمن فى نفس الوقت حسن سير العدالة الجنائية. وهو فى النهاية يضع جزاءات إجرائية معينة عند تخلف هذه الشروط ومن هذه الجزاءات السقوط".

فالسقوط هو جزاء إجرائى يترتب على عدم ممارسة الحق فى مباشرة عمل إجرائى معين خلال المهلة التى حددها القانون. وتتحدد هذا المهلة أما بميعاد معين أو بواقعة معينة.[1]

١٠٤- خصائص سقوط الحق فى الدفع:

ويتميز السقوط كجزاء بالخصائص الآتية:

١- أنه يرد على الحق فى مباشرة الأعمال الإجرائية التى يقوم بها الخصوم دون القاضى. وعلة ذلك أن القانون لا يتوخى من هذا المعيار اكثر من حسن سير العدالة، لا سلب سلطة القاضى فى الحكم بعد فوات الميعاد.

٢- يرد على الحق فى مباشرة عمل إجرائى معين وليس العمل ذاته.

٣- حدد القانون أسباب السقوط على سبيل الحصر.

٤- لا يعتبر السقوط تنازلا ضمنيا عن مباشرة الحق باعتباره جزاءا إجرائيا ومن ثم فلا محل التحقق من علم شخص بالحق الذى سقط أو سبب هذا السقوط، واستثناء من ذلك فقد أجاز القانون مد مواعيد الطعن بسبب المسافة أو بسبب العذر القهرى، فى هذه الحالة يمتد حق الشخص فترة أخرى.[2]

١- د.احمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية المرجع السابق ط ١٩٩٣ ص ٣١٨ - د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص ١٠٠١ - د. محمود نجيب حسنى: الإجراءات ص ٣٤٤ د. حسنى الجندى: وسائل الدفاع . المرجع السابق . ص ٢٢٢ - أ. محمد عبد الحميد الألفى: الدفع بالسقوط فى قانون الإجراءات الجنائية وفقا لقضاء محكمة النقض. ط ١٩٩٧ ص ٣٧ وما بعدها.

٢- د. احمد فتحى سرور: "الإجراءات" المرجع السابق ص ٣١٩ .

١٠٥- صور سقوط الحق فى الدفع:

ويمكن الجمع بين حالات السقوط تحت صور ثلاث:

الأولى: انقضاء الميعاد الذى حدده المشرع لمباشرة الإجراءات ويترتب على ذلك سقوط الحق فى مباشرة العمل الإجرائى، ومثال ذلك:

١- سقوط حق المجنى عليه فى رفع الدعوى الجنائية بناء على شكوى منه فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد ١٨٥، ٢٧٤، ٢٧٩، ٢٩٢، ٢٩٣، ٣٠٣، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، بعد مضى ثلاثة أشهر من يوم علمه بالجريمة ومرتكبها.

٢- سقوط أوامر الضبط والإحضار وأوامر الحبس الصادرة من النيابة العامة بعد مضى ستة اشهر من تاريخ صدورها ما لم تعتمدها النيابة العامة لمدة أخرى (مادة ٢٠١ إجراءات جنائية). وهذه هى الحالة التى تظهر فيها فكرة تقادم الدفع واضحة جلية باعتبارها دعوى فيسقط حق مبدى الدفع فى التمسك برفع الدعوى فى جرائم الشكوى، لانقضاء ميعاد رفعها، ولو كان الدفع فى هذه الحالة فى صورة دعوى، لأنه سقط بمضى المدة، ومن ثم يتقادم الدفع على النحو السالف .

الثانية: أن يأتى الخصم بسلوك إجرائى أو بعمل إجرائى إيجابى يتعارض مع الإجراء اللاحق الذى أثاره. ومثال ذلك:سقوط حق المدعى بالحقوق المدنية أو المضرور من الجريمة فى الالتجاء إلى الطريق الجنائى إذا اختار الالتجاء إلى الطريق المدنى على الرغم من أن الطريق الجنائى كان مفتوحا أمامه وقت هذا الاختيار، ولا يرد السقوط هنا إلا على حق الالتجاء إلى الطريق الجنائى. أما الالتجاء إلى الطريق المدنى فلا يسقط أبدا بوصفه حقا أصيلا. وهذا السقوط هو جزاء إجرائى وليس تنازلا من المدعى بالحق المدنى.[1]

١- د. حسنى الجندى "وسائل الدفاع" المرجع السابق. ص ٢٢٤ وما بعدها.

الثالثة: أن يأتى الخصم بسلوك سلبى يتعارض مع الإجراء التالى لهذا السلوك ومثال ذلك:

سقوط الحق فى الدفع بالبطلان فى الأحوال الآتية:

١- بطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائى أو التحقيق بالجلسة فى الجنح والجنايات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره وبدون اعتراض منه (مادة ١/٣٣٣ إجراءات جنائية).

٢- سقوط هذا الحق فى المخالفات إذا لم يعترض عليه المتهم ولو لم يحضر معه محام فى الجلسة (مادة ٢٣٣ إجراءات جنائية).

٣- إذا حضر المتهم فى الجلسة بنفسه أو بواسطة وكيل عنه، فليس له أن يتمسك ببطلان ورقة التكليف بالحضور (مادة ٣٣٤ إجراءات جنائية).

٤-سقوط الاستئناف أو الطعن بالنقض المرفوع من المتهم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة النفاذ، إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة (مادة ٤٠٢ إجراءات جنائية).

١٠٦- تطبيقات محكمة النقض:

وتطبيقا لما سلف ذكره جرى قضاء محكمة النقض على إقرار جزاء السقوط عند عدم إبداء الدفع فى الميعاد الذى حدده القانون، وعند حدوث واقعة إيجابية وسلبية يشترط القانون توافرها للاحتفاظ بالحق فى إثارة الدفع أو طلب من طلبات التحقيق المعينة.

فمثلا قضت محكمة النقض أنه يسقط حق المتهم فى إبداء الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائى أو التحقيق بالجلسة فى الجنح والجنايات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره، ولم يبد ثمة اعتراض منه على هذه الإجراءات، فإذا ما كان المتهم يجيب

بمحض اختياره على ما توجهه إليه المحكمة من أسئلة دون أن يعترض المدافع عنه، فإن ذلك يدل على أن مصلحته لم تضر بالاستجواب، ولا يجوز له بعدئذ أن يدعى البطلان فى الإجراءات.[1]

كما قضت بأن " الدفع ببطلان الإجراءات أمام محكمة أول درجة لا يقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، طالما لم يثر أمام المحكمة الاستئنافية شيئا فى شأن بطلان تلك الإجراءات".[2]

وقضت أيضا بأن "عدم اعتراض محامى المتهم على إجراء التجربة التى تمت بحضوره بحافظة أحد الحاضرين بالجلسة وليس بالمحفظة المضبوطة، يسقط حقه فى التمسك بالبطلان الذى يتصل بإجراء من إجراءات التحقيق بالجلسة المشار إليها فى المادة ٣٣٣ من قانون الإجراءات وسؤال الشاهد بالجلسة دون حلف يمين إذا وقع بحضور محامى المتهم دون اعتراض منه على ذلك فإن حقه يسقط فى الدفع ببطلان الإجراءات".[3]

وبأنه " إذا تنازل محامى المتهم صراحة عن سماع الشهود الغائبين اكتفاء بتلاوة أقوالهم بالتحقيقات ولم يعترض المتهم على ذلك ؛ فلا تثريب على المحكمة إن قضت فى الدعوى دون سماع الشهود الغائبين".[4]

كما قضت المحكمة فى شأن الدفوع التى يسقط الحق فى إبدائها إذا لم يثرها المتهم أو المدافع عنه لدى محكمة الموضوع قبل سماع الشهود بأنه "يسقط الدفع بالبطلان إذا لم يتمسك به المتهم قبل سماع أحد من الشهود، أو إذا أتى بإجراء يستفاد منه تنازله عن التمسك به كما لو تكلم فى موضوع الدعوى".[5]

١- نقض جنائى جلسة ٣ فبراير ١٩٥٨ س ٩ ص ١١، وجلسة ٣١ ديسمبر ١٩٩٧٣ س ٢٤ ص ١٣٠٩ .
٢- نقض جنائى جلسة ٩ أبريل ١٩٧٨ س ٢٩ ص ٣٦٩، جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٧٨ س ٢٩ ص ٩٤٧ .
٣- نقض جنائى جلسة ١٧ أبريل ١٩٦٢ س ١٣ ص ٣٨ .
٤- نقض جنائى جلسة ١٤ مارس ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٤٠٣ .
٥- نقض جنائى جلسة ٣ يناير ١٩٩٣ ط. رقم ٦٤٦٠ لسنة ٦١ ق سالف الإشارة إليه .

كما قضت المحكمة فى شأن قصور البيانات اللازمة فى ورقة الإعلان وعلى الخصوص تلك البيانات التى يجب أن يشتمل عليها التهمة الموجهة إلى المتهم فى إعلان الدعوى بأنه "يجب إبداؤه لدى محكمة الموضوع لتنظره وتقرر ما تراه فى شأن استيفاء هذه البيانات. فإذا سكت المتهم عن التمسك بشىء من هذا فى وقته سقط حقه فى الدفع به، وكانت العبرة بما اشتمل عليه الحكم ذاته من بيان عن التهمة".[1]

وقضت كذلك بأن " الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة إذا لم يبد فى حينه قبل سماع البينة، سقط الحق فى التمسك به باعتبار أن السقوط عن الاعتراض على سماع الشهود يفيد نزوله عن حقه المستمد من القواعد المقررة للإثبات فى المواد المدنية".[2]

كما قضت المحكمة بأن "الدفع بسقوط حق المدعى بالحقوق المدنية فى اختيار الطريق الجنائى ليس من النظام العام ؛ لتعلقه بالدعوى المدنية التى تحمى صوالح خاصة فهو يسقط بعدم إبدائه قبل الخوض فى موضوع الدعوى".[3]

١٠٧- رأينا فى الموضوع:

بعد أن عرضنا لفكرة تقادم الدفوع فى قانون المرافعات ولفكرة السقوط فى قانون الإجراءات، يمكننا وضع معيار محدد لفكرة تقادم الدفوع فى قانون الإجراءات ؛ باعتبار أن معظم القواعد الإجرائية التى تنظمه تمس حقوق الإنسان من حيث تقييد حريته والمساس بشرفه واعتباره. وتهدف لتحقيق العدالة الجنائية. ومن ثم فانه إذا ورد نص فى قانون الإجراءات ينص صراحة على سقوط الحق فى إبداء دفع معين، إذا لم يبد خلال مدة معينة، وهى الفكرة التى يمتزج فيها جزاء السقوط بالتقادم بحيث لا يمكن التفرقة بينهما، فإنه

١- نقض جنائى جلسة ٢٩ أبريل ١٩٤٦ ج ٧ ص ١٣٩ مجموعة القواعد القانونية .
٢- نقض جنائى جلسة ٦ ديسمبر ١٩٦٥ س ١٦ ص ٩١٦ .
٣- نقض جنائى جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٨٦ س ٣٧ ق ٦٠ ص ٢٩٠ .

يمكن القول فى هذا الشأن أن الدفوع تتقادم بمضى المدة طالما ورد النص عليها، كسقوط أوامر الضبط والإحضار وأوامر الحبس الصادرة من النيابة بعد مضى ستة أشهر من تاريخ صدورها إذا لم تنفذ خلال هذه المدة وهو ما يتفق فى النهاية مع ما سبق إبداؤه من رأى من أن الدفع دعوى. إلا أنه إذا لم يرد نص فى قانون الإجراءات حول تقادم دفع بعينه فيه، فإن الدفوع فى هذه الحالة لا تتقادم تطبيقا لقاعدة "أبدية الدفوع" المبينة سلفا فى فقه المرافعات ؛ انطلاقا من أن قانون الإجراءات خلت نصوصه من ذكر التقادم فى باقى الدفوع، ولان للدفع فى سائر الأحوال التى لم يرد نص بتقادمه صفة "وسيلة الدفاع" وإن كان ذلك لا ينفى عنه صفة أنه دعوى إذ أن الدعوى فى بعض الأحوال قد لا تتقادم بالنسبة لبعض الجرائم التى تمس مساسا خطيرا بالحريات العامة، كما هو الحال حينما استثنت المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية فى فقرتها الثانية المضافة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ من نطاق أحكام تقادم الدعوى الجنائية بعض جرائم خاصة جعلتها "لا تنقضى الدعوى الجنائية الناشئة عنها بمضى المدة بالغة ما بلغت" وذلك حرصا من المشرع على معاقبة مرتكبى هذه الجرائم، لما قدره فيها من مساس خطير بالحريات العامة وهو ما ينطبق بدوره على الدفوع، ومن هذه الجرائم التى لا تخضع لنظام التقاضى أصلا جناية المادة ١١٧ عقوبات التى تعاقب بالأشغال الشاقة كل موظف عمومى استخدم عمالا فى عمل للدولة أو لإحدى الهيئات العامة سخرة أو احتجز بغير مبرر أجورهم كلها أو بعضها. وجناية المادة ١٢٦ عقوبات وهى تعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشر كل موظف أو مستخدم عمومى أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف. وجناية المادة ١٢٧ وهى تنص على أنه يعاقب بالسجن كل موظف عام وكل شخص مكلف بخدمة عامة أمر بعقاب المحكوم عليه أو عاقبه بنفسه بأشد من العقوبة المحكوم بها عليه قانونا أو بعقوبة لم يحكم بها عليه. وجناية المادة ٢٨٢ عقوبات وهى تعاقب على القبض والحبس بدون أمر أحد

المختصين. والمادة ٣٠٩ مكرر عقوبات مضافة بالقانون رقم ٣٧ لسنة١٩٧٢ التى تعاقب بالحبس كل من ارتكب أحد الأفعال المنصوص عليها بالمادة كاستراق السمع أو تسجيل المحادثات بدون رضاء المجنى عليه.[1]

١٠٨- الخلاصة:

إن الدفوع فى الإجراءات الجنائية تتقادم إذا ورد النص على ذلك صراحة فى نصوص القانون ؛ باعتبار أنها دعوى، والدعوى تتقادم بمضى المدة إعمالا لقرينة نسيان الواقعة. كما فى الأحوال التى ينص القانون فيها على سقوط الحق فى الدفع، إذا مضت مدة معينة ولم يتم الإجراء خلالها، كسقوط حق المدعى المدنى فى الادعاء المباشر ؛ إذا لم يقم برفع الدعوى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ وقوع الجريمة، وحينئذ يسقط حقه فى إبداء الدفع بالادعاء المباشر إذا لم يتم خلال الميعاد المحدد، باعتبار أن دفعه قد تقادم ولو كان فى صورة دعوى، طالما أن جزاء السقوط المقرر فى مثل هذه الحالة كان مقرونا بفوات الميعاد المحدد.

وفى غير هذه الحالات المبينة بيانا حصريا ؛ فإن الدفوع بوصفها وسائل دفاع تمس الحريات العامة مساسا خطيرا، لا تتقادم تطبيقا لقاعدة أبدية الدفوع المعروفة فى قانون المرافعات، ولا يخل ذلك باعتبارها دعوى إذ أن المشرع استثنى فى قانون الإجراءات الجنائية بعض الجرائم التى تمس بالحريات العامة واعتبر الدعوى الجنائية لا تسقط فيها بالتقادم، حتى يوقع العقاب على مرتكبى هذه الجرائم، بمعنى أن الدعوى فى قانون الإجراءات الجنائية ذاته قد لا تتقادم إذا كانت متعلقة بجرائم لها طبيعة خاصة كالمبينة سلفا، ومن ثم لا يوجد مانع من تطبيق قاعدة أبدية الدفوع فى قانون الإجراءات - حتى لو كان الدفع فى حقيقته دعوى - كما سلف القول. ولا تعد

١- د. رءوف عبيد: الإجراءات. المرجع السابق ص ١٣٥ وما بعدها .

هذه الفكرة غريبة على قانون الإجراءات الجنائية، لأن هناك جرائم لا تتقادم فيها الدعوى الجنائية، لطبيعتها الخاصة على ما سلف البيان. كما أن لهذا الرأى صدى فى فقه المرافعات والفقه المدنى[1] الذى قال بقاعدة "أبدية الدفوع" على النحو السالف بيانه واستثنى من تطبيق هذه القاعدة ثلاث حالات على النحو التالى:

١- أن قاعدة أبدية الدفوع لا تنطبق على الدعاوى العارضة ودعاوى المدعى عليه، لأن هذه الدعاوى والطلبات العارضة ليست بدفوع وإنما هى دعاوى، والدعاوى تتقادم.

٢- فيما إذا كان الدفع ردا على دفع سبقه، فدفع الدفع إنما هو دعوى لا دفع. لأن من يدفع الدفع لا يزال فى موقفه مهاجما لصاحب الدفع الذى التزم موقف الدفاع، فدفع الدفع ملحق بالدعوى وبهذا الاعتبار يتقادم.

٣- فى المواعيد المسقطة فهذه متى انقضت سقط الحق لعدم استعماله فى الميعاد، فلا يصلح لا طلبا ولا دفعا.[2] ومما سبق يتضح أن التقادم يعد حالة من حالات السقوط، وهى الحالة الوحيدة المستثناه من قاعدة أبدية الدفوع فى الاجراءات الجنائية . إذ أن الدفع فيها يتقادم وإن كان فى صورة دعوى، لاقترانه بفوات المدة الدال على نسيان الواقعة

١- د. السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الثالث المجلد الثانى انقضاء الالتزام ص ١٣٩١ الهامش.

٢- د. السنهورى: الموضع السابق ص ١٣٩١ .

الفصل الثالث

التزام المحكمة بالرد على الدفع بتسبيب صحيح

١٠٩- تمهيد وتقسيم:

ذكرنا فيما سبق فى موضعه من هذا البحث أنه إذا توافرت شروط معينة فى الدفع أو الطلب، فإن المحكمة تلتزم حسبما درج الفقه على ذلك وأحكام القضاء باستعراض هذا الدفع أو الطلب ومناقشته والرد عليه. وهذه الشروط كما سبق أن ذكرنا قد تكون عامة فى الدفوع والطلبات كشرط تقديمها أثناء المرافعة أو أثناء التحقيق والتمسك بها على نحو جازم وان يبقى الخصم مصرا عليها طوال مراحل الدعوى إلى آخر ما سبق بيانه فى موضعه. وقد تكون شروطا خاصة فى الدفع باعتباره دعوى كما سبق بيانه وهى أن تكون مستندة لحق أو مركز قانونى وأن يحصل اعتداء على هذا الحق، وأن يكون للمتمسك بالدفع مصلحة تعود عليه من جراء تمسكه به وصفة فى إبدائه.

والتزام المحكمة بالرد على الدفع ومناقشته ناشئ عن التزام المحكمة بصفة عامة بتسبيب حكمها الذى هو من أشق المهام الملقاة على عاتق القاضى ؛ لأن كتابته أسبابه تتطلب فضلا عن اقتناعه هو بما اختاره من قضاء أن يقنع به أصحاب الشأن، وكل من يطلع على حكمه بقصد مراقبته. والتسبيب بهذا المعنى ضمانة للخصوم، لأن القاضى بتسطير اقتناعه على الأوراق يدعوه إلى تمحيصه حتى يمكنه تسطيره فى تسلسل سائغ ومنطقى. وفيه كذلك إخطار للخصم بأسباب المنطوق حتى إذا رضى به قبله، أو رأى فيه أمرا تظلم منه. وفى هذا تقول محكمة النقض "إن تسبيب الأحكام من أعظم الضمانات التى فرضها القانون على القضاة ؛ إذ هو مظهر قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التى يعلنونها فيما يفصلون فيه من الأقضية، وبه وحده يسلمون من مظنة التحكم والاستبداد، لأنه كالعذر فيما

يرتأونه ويقدمونه بين يدى الخصوم والجمهور، وبه يرفعون ما قد يرين على الأذهان من الشكوك والريب فيدعون الجميع إلى عدلهم مطمئنين".[1]

كما قضت المحكمة أيضا بأن "المستفاد من المادة ١٧٨ من قانون المرافعات أنه يجب أن يشتمل الحكم فضلا عن عرض موجز للوقائع والحجج الواقعية والقانونية التى قام عليها بما تتوافر به الرقابة على القاضى والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع ودفاع أطرافه، والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيه، وحتى لا يصدر الحكم عن رعونة وتحت تأثير عاطفة عارضة أو شعور وقتى وحتى يكون موضع احترام وطمأنينة لوضوح الأسباب التى دعت لإصداره وليتمكن الخصوم من دراستها قبل الطعن فيها".[2]

وإذا كان التزام المحكمة بالرد على الدفع ناشئ كما سبق القول عن التزام المحكمة بالتسبيب. فإن البحث يقتضى منا أن نعرض أولا للالتزام بالتسبيب باعتباره شكل إجرائى لازم لصحة إصدار الحكم. ثم نعرض بعد ذلك لحالة تخلف هذا الالتزام مع عدم مراعاته التى ينشأ عنها قصور الأسباب أو تخلفها مع بيان الصور التى جرى عليها العمل القضائى فى هذا الشأن لقصور التسبيب. ومتى يكون التسبيب معيبا فى هذه الحالات. وذلك على النحو التالى:

المبحث الأول: الأساس القانونى للالتزام بالتسبيب فى الرد على الدفع.

المبحث الثانى: صور التسبيب المعيب.

المطلب الأول: انعدام الأسباب.

المطلب الثانى: القصور فى التسبيب.

المطلب الثالث: الفساد فى الاستدلال.

١- نقض جنائى جلسة ١ نوفمبر ١٩٦٠ س ١١ ق ١١٤ ص ٧٥، جلسة ٢١ فبراير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ج١ رقم ١٧٠ ص ١٧٨.

٢- نقض مدنى جلسة ٢٥ ديسمبر ١٩٩٧ طعن رقم ١٠١٩ لسنة ٦٦ ق لم ينشر بعد.

المبحث الأول

الأساس القانونى للالتزام بالتسبيب فى الرد على الدفع.

١١٠- تمهيد:

نصت المادة ١٧٦ من قانون المرافعات على أنه "يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة". كما جاء نص قانون الإجراءات الجنائية فى المادة ٣١٠ منه على أنه "يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التى بنى عليها، وكل حكم بالإدانة يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة، والظروف التى وقعت فيها وأن يشير إلى نص القانون الذى حكم بموجبه". وفى المادة ٣١١ بأنه" يجب على المحكمة أن تفصل فى الطلبات التى تقدم لها من الخصوم وتبين الأسباب التى تستند إليها".

١١١- الضمانات التى يحققها الالتزام بالتسبيب:

مفاد النصوص السابقة أن فكرة تسبيب الأحكام لم تكن نظاما تحكميا أو مجرد رغبة من المشرع فى استيفاء شكل معين للأحكام ؛ بل هى فى الواقع فكرة قانونية لها أهميتها فى مختلف النظم القانونية. وتحقق للخصوم وللجمهور ولمحكمة النقض ضمانات معينة تتمثل فيما يلى:

١- التحقق من أن القاضى قد اطلع على كل وقائع القضية وجميع المستندات والأوراق المقدمة فيها واتصل علمه بجميع ما أبداه الخصوم من دفوع أو طلبات.

٢- التحقق من أن القاضى قد استخلص الوقائع الصحيحة فى الدعوى من واقع إثبات يجيزه المشرع، وأنه تم صحيحا فى مواجهة أصحاب الشان أو من واقع الأوراق المقدمة فيها والأدلة بحسب قوتها التى يمنحها إياها القانون الموضوعى.

٣- التحقق من أن القاضى لم يخل بدفاع جوهرى من شأنه لو صح لتغير وجه الرأى فى الدعوى، وذلك على ما سنراه.

٤- التحقق من أن القاضى قد فهم ما أحاط بالدعوى من مسائل قانونية وأنه قد كيفها التكييف الصحيح ؛ بعد التحقق من توافر شروطه وأنه قد ارسى عليها الآثار القانونية الصحيحة.

٥- التسبيب يؤدى إلى احترام حقوق الدفاع، وهو فى ذات الوقت ضرورى لاستعمال الحق فى الطعن، لأنه عن طريق الأسباب الواقعية والقانونية يستطيع المحكوم عليه معرفة ما شاب الحكم من عيوب، كما يسهل على محكمة الطعن مراقبة الحكم المطعون فيه.[١]

٦- أن التسبيب هو الوسيلة التى تستطيع بها محكمة النقض مراقبة المحاكم الأدنى فى كيفية فهمها لمضمون قاعدة القانون ومحتواها. ولا تستطيع محكمة النقض مراقبة مهمة توحيد القانون إذا لم يكن الحكم مسببا.[٢]

٧- أن الالتزام بالتسبيب لا يتحقق الوفاء به لمجرد بيان قاضى الموضوع

١- د. محمد على الكيك "أصول تسبيب الأحكام الجنائية" ط ١٩٨٨ مطبعة الإشعاع ص٥٩ وما بعدها. ولذات المؤلف رسالة دكتوراه "رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية جامعة الإسكندرية" ص ١٨١ وما بعدها- د. عزمى عبد الفتاح: الالتزام القانونى بتسبيب الأحكام ط ١٩٨١ المطبعة العربية الحديثة ص ٨ جزء أول - د. احمد أبو الوفا: نظرية الأحكام فى قانون المرافعات منشأة المعارف الإسكندرية ص ١٦٧ وما بعدها - الأستاذ على زكى العرابى: مبادئ الإجراءات ص ٧٤١ وما بعدها. د. رءوف عبيد ضوابط تسبيب الأحكام ص ١٨٢ وما بعدها

٢- vizioz henre: etude de prosedure civille.1956 no 271. P 475.

فتحى والى: تنظيم القضاء المدنى بند ٣٣٢ ص ٦٨٩ - د. رمزى سيف: الوسيط فى قانون المرافعات ط ١٩٦١ ص ٩٠٥ وما بعدها.

لمضمون اقتناعها الموضوعي، وذلك في الأسباب الواقعية التي يسطرها للحكم الذي انتهى إليه، وإنما يلتزم أيضا ببيان أسباب رده على طلبات الخصوم الهامة ودفوعهم الجوهرية، لما لها من أثر في مضمون اقتناعه وفي النتيجة التي انتهى إليها، فالرد على الدفوع والطلبات يتصل بقاعدة أن الأحكام الجنائية يجب أن تبنى على اليقين، فإذا كان الأصل في الإنسان البراءة وهذا يقين فإنه لا يزول إلا بيقين مثله. فهذا اليقين يفرض على المحكمة أن ترد على الطلبات والدفوع التي يتقدم بها الخصوم متى توافرت شروط قبولها، لأن عدم الرد عليها يؤدي - إذا كانت هذه الدفوع والطلبات صحيحة - إلى هدم أدلة الإدانة أو الانتقاص منها بما يؤثر في الأساس اليقيني الذي يجب أن تبنى عليه الأحكام الجنائية. ولا يغرب عن البال أن الرد على الطلبات والدفوع وتضمين أسباب الحكم هذا الرد يعد دفعا للنقد المحتمل للحكم. وهذه القاعدة تسري على أحكام الإدانة وأحكام البراءة على السواء، فحكم الإدانة يتعين أن يرد ويدحض الدفوع التي من شأنها لو صحت لرتبت براءة المتهم، وحكم البراءة يتعين كذلك أن يعلل سبب رفض الأخذ بدليل الإدانة.(١)

١١٢- الالتزام القانوني بالتسبيب:

تأخذ بعض الدول بفكرة اعتبار الالتزام بالتسبيب التزاما دستوريا. وهذا الوضع هو القائم في كل من إيطاليا وبلجيكا واليونان فقد نصت المادة ١١١ من الدستور الإيطالي على ضرورة تسبيب الأحكام. كما نصت المادة ٩٧ من الدستور البلجيكي على ضرورة تسبيب الأحكام. ونصت المادة ٩٣ من الدستور اليوناني على ذات المبدأ. (٢)

١- د. مأمون سلامة: المبادئ العامة في الإثبات الجنائي ص ٤٥ - د. علي محمود علي حمودة: النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي ط ١٩٩٤ دار الهاني للطباعة ص ٣٢٢ وما بعدها.

٢- jean zissiedis تقرير مقدم للمؤتمر الدولي الثامن للقانون الجنائي نشرت أعماله في المجلة الدولية للقانون الجنائي. Revue Internationale de droit pénal 1960 p.165

ولم تنص غالبية الدساتير فى بلاد هذه المجموعة اللاتينية على اعتبار التسبيب التزاماً دستورياً ومع ذلك فهناك من يرى أن التسبيب ضمانة شبة دستورية لحماية حقوق الإنسان، وجدير بالذكر أن الإعلام العالمى لحقوق الإنسان الصادر فى ١٩٤٨/١٢/١٠ لم يتضمن نصاً عن التسبيب. كما لم تتضمن الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية (١٩٥٠/١١/٤) نصاً عن التسبيب. أما اللجنة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان فقد اعتبرت أن "عدم التسبيب فى بعض الحالات يعد اعتداء على مبدأ إرادة الخصوم".[١] وعلى أية حال فإن البعض يرى أن وجود الأحكام المسببة أحد الأسس الضرورية فى الحياة العامة.[٢]

وإذا رجعنا إلى القانون الفرنسى نجد أنه مع كونه قد نص صراحة على وجوب اشتمال الأحكام سواء أكانت مدنية أم جنائية على الأسباب وإلا كانت باطلة، فإن الفقه والقضاء لم يتطلبا أبداً ضرورة بيان الأدلة التى أدت إلى تكوين اقتناع القاضى بثبوت التهمة، وقد احترم القانون الفرنسى هذا المبدأ لدرجة أنه كان ينص بالمادة ٣٤٢ إجراءات فى باب محاكم الجنايات على أنه "بعد أن تطرح الوقائع على المحلفين فى الجنايات ينسحبون إلى غرفتهم للمداولة، وقبل المداولة يقرأ عليهم عبارة يستفاد منها أن القانون لا يطلب من المحلفين بيان الطرق التى اقتنعوا بها، ولا يفرض عليهم قواعد يتوقف عليها تمام أو كفاية الدليل : بل يطلب منهم أن يسائلوا أنفسهم فى السكينة و التفكير، ويبحثوا فى أعماق ضمائرهم عما هو التأثير الذى أحدثته فى نفوسهم الأدلة المقدمة ضد المتهم و طرق دفاعه" وكان من المسلم به أن هذه المادة ولو أنها خاصة بالجنايات التى تعرض على المحلفين ؛ إلا أنها تتضمن

١- Les garanties fondementales des parties dans le procés civil. Etudepublieés sous la direction de M. cappelletti et D. tallon. Milon 1973 P. 245 et les rêf. Not/59.
Tony Souvel Dalloz chr 1955 P.93.

مبدأً عاماً لجميع المحاكم الجنائية، وفى ذلك يقول جانب من الفقه الفرنسى: أن الدليل الإقناعى أو دليل الوجـدان "" La preuve de L'entime conviction هو الدليل الوحيد بالنسبة للمحلفين، ولكنه ليس قاصراً عليهم، فليس هناك طريقان للحقيقة، طريق للمحلفين، وطريق للقضاة ؛ بل أن الإقناع الأدلى هو لكليهما ويجب أن يكون الأساس الوحيد لأحكامهما. فالقاضى فى أية محكمة له حرية تقدير الأدلة المقدمة إليه ولا يستمد حكمه إلا من العقيدة التى ولدتها هذه الأدلة فى نفسه.[١] وبناء على ذلك أصبح من المجمع عليه أن قاضى الموضوع يجب عليه أن يبين فقط فى حكمه الأركان و الظروف المكونة للجريمة، وإلا كان الحكم باطلاً لخلوه من الأسباب، ولكنه ليس ملزماً ببيان طرق الإثبات التى بنى عليها اقتناعه لأنه يفصل نهائياً فى وقوع الجريمة ولم يشذ أحد عن ذلك.[٢]

١١٣- مدى ارتباط التسبيب بالإثبات أمام القضاء الجنائى:

والواقع أن مبدأ تسبيب الأحكام الجنائية مرتبط بنظرية الإثبات أمام المحاكم الجنائية، ولذلك فإن جانباً آخراً من الفقه الفرنسى وهو يتكلم عن هذه النظرية تعرض لذلك المبدأ وقال "كيف يمكن التوفيق بين واجب تسبيب الأحكام و حرية القاضى فى تقدير الأدلة؟ هل يطلب من القاضى فى مواد الجنح والمخالفات أن يبين أسباب عقيدته؟ إن الشارع لم ينظم أبداً وما كان له أن ينظم تسبيب الأحكام القضائية. من ثم فإن كل حكم فى مواد الجنح يفصل فى مسألتين: مسألة الإدانة، وفى حالة الإدانة، مسألة تطبيق القانون، فيجب إذن لأجل أن يسبب القاضى حكمه أن يثبت من حيث الوقائع وجود جميع الظروف اللازمة لتكوين الجنحة أو المخالفة، ومن حيث القانون أن يصف هذه الظروف من جهة

١- Faustin Helie "de L'instruction Criminelle" Paris 1866 - 1867 P.1676
سالف الشارة إليه، على زكى العرابى: مبادئ الإجراءات ص ٧٤٣ وما بعدها.

٢- Garraud "Traite d'instruction Criminelle et de Procedure penale' 1 op.cit no 262 P.518

القانون الذى يطبقه عليها وهذه هى الأسباب اللازمة، ولكن هل يلزم القاضى أن يبين بطريق التفصيل و التحليل عناصر الإثبات التى سمحت له بإثبات الجريمة و تكوين اعتقاده؟ إن القانون لم يفرض أبداً هذا الواجب على المحاكم، فلأجل الحكم بالإدانة أو البراءة يعلن القاضى عقيدته، أو الأثر الذى ولدته فى نفسه الأدلة المقدمة فى التحقيق و المرافعة أن المتهم ارتكب الفعل الفلانى الذى يكون الجريمة الفلانية. و بالاختصار إذا كان من الواجب على القاضى أن يبين كل الظروف التى تتكون منها الجريمة وإلا كان حكمه باطلاً لخلوه من الأسباب، فإنه ليس ملزماً ببيان و تفصيل طرق الإثبات التى بنى عليها اعتقاده بوجود هذه الظروف.(١)

وقد استقر القضاء فى فرنسا على أن الحكم يكون مشتملاً على أسباب كافية ؛ إذا أثبت أن الفعل المنسوب للمتهم قد وقع بالفعل، وأنه يقع تحت طائلة القانون وأن المتهم هو الذى ارتكبه، أما الطرق التى بنى عليها القاضى اعتقاده فى الحكم، فالقانون لا يلزمه ببيانها إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم لا يمكن إثباتها إلا بطرق إثبات مخصوصة معينة فى القانون. ففى هذه الحالة يجب على القاضى أن يبين فى حكمه أن هذه الطرق القانونية متوفرة فى الدعوى ؛ ولكن من جهة أخرى إذا كانت المحكمة غير ملزمة ببيان الأدلة التى تثبت الجريمة ؛ فإنها يجب عليها أن تبين بوجه الإجمال مأخذ هذه الأدلة بحيث يتضح أنها لم تستمد عناصر اقتناعها إلا من طرق الإثبات التى يجيزها القانون.(٢)

١١٤- الالتزام بالتسبيب فى القانون المصرى:

إذا كان الفقه و القضاء فى فرنسا لا يتطلبان لاعتبار التسبيب كافياً إلا الأسباب القانونية التى تمكن محكمة النقض من مراقبة صحة تطبيق القانون : فإن الفقه وقضاء محكمة النقض المصرية يتطلبان بيان الأسباب الموضوعية

١- Garraud 1 no 262 P.518. op.cit.

٢- Cass Crim 23-12-1908 - 13-5-1910.

والأدلة التى بنى القاضى عليها عقيدته فى الموضوع لإقناع الخصوم والجمهور ومحكمة النقض بصحة الحكم فى الموضوع. وهذا الالتزام ناشئ عما ورد فى النصوص القانونية المنظمة لالتزام المحكمة بالتسبيب. فقد ورد هذا الالتزام فى قانون المرافعات المصرى باعتباره الشريعة العامة لكافة القوانين الإجرائية، ومن ثم فلا يثور أى خلاف حول وجوب تسبيب كافة الأحكام الصادرة فى المواد المدنية و التجارية، ولا يقتصر الالتزام بالتسبيب على هذه الأحكام، فالأحكام الجنائية و الأحكام الإدارية يجب أن تسبب هى الأخرى. و لقد ذكرنا فيما سبق أن هذا الالتزام قد ورد النص عليه فى قوانين المرافعات المتعاقبة ؛ ومنها المادة ١٧٦ فى قانون المرافعات الحالى. كذلك سارت على هذا النهج المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية. والمادة٣١١ من ذات القانون.

ويتضح من استعراض النصوص التشريعية السابقة أن كافة القوانين الإجرائية تؤكد كلها مبدأ الالتزام القانونى بالتسبيب، ويثور التساؤل بعد ذلك عن طبيعة هذا الالتزام، وهل هو قاعدة إجرائية عامة أم يعد مبدأً إجرائيا عاماً؟

اتجه مجلس الدولة الفرنسى إلى اعتبار التسبيب قاعدة إجرائية عامة وليس مبدأً قانونياً عاماً.[1] و يترتب على ذلك أن القواعد التى تنظم التسبيب من حيث لزومه و شروطه هى قواعد عامة لا يختلف مدلولها من قانون لآخر، وتنطبق على سائر القوانين الإجرائية، فالتسبيب ليس نسبياً سواء فى مجال تطبيقه أو فى مضمونه أو فى محتواه، كذلك فإن التسبيب باعتباره قاعدة وليس مبدأ لا يكون لازماً إلا إذا وجد نص مكتوب يستوجبه و يحدد شروطه.[2] ويعتبر قاعدة تفسيرية يتوجه الخطاب بها إلى القضاة وليس إلى الأفراد ؛ بينما يثير البعض الآخر أن التسبيب يعد مبدأً إجرائيا عاماً وليس مجرد قاعدة

١- موتوليسكى القانون الإجرائى ص ١٧٠ مشار إليه بمرجع د. عزمى عبد الفتاح: الالتزام القانونى بتسبيب الأحكام ص ٢٩ وما بعدها. سالف الإشارة إليه.

٢- تونى سافول فى مقالة عن "تاريخ الأحكام المسببة" حيث ذكر أن مجلس الدولة الفرنسى اعتبر أن التسبيب مبدأً من المبادئ القانونية العامة "Prencipes generaux du droit" فى مجلة القانون العام عام ١٩٥٥ ص٥١ .

إجرائية عامة. فالتسبيب يوجد داخل النظام القانونى باعتباره مبدأً من مبادئ القانون الطبيعى ولا ينشئ المشرع هذا الالتزام ولكنه يقرره ؛ لأن التسبيب مبدأً من مبادئ النظام القانونى الداخلى"L'ordre juridique interne" ولأنه يستهدف احترام حقوق الدفاع. ويترتب على هذا التكييف الطبيعةالتسبيب أن الالتزام به لا يحتاج إلى نص صريح يقرره، فالقاضى يكون ملزماً بإجرائه فى كل حال دون نص و يترتب على ذلك أيضاً أن الإعفاء من التسبيب لا يكون إلا بنص صريح.

و يرى جانب من الفقه[1] ونحن نؤيده أن هذا الرأى الأخير هو الأولى بالإتباع لأن التسبيب مرتبط بحق الدفاع وهو أحد مظاهره، وهذا الحق خير مبدأ إجرائى عام ولا حاجة لنص خاص يؤكده، ومن ثم فإن التسبيب يكتسب ذات طبيعته ويعد مبدأً قانونياً عاماً و هذا التحليل لطبيعة الالتزام بالتسبيب هو الذى يتفق مع الفكر الإجرائى الحديث الذى اعتمدته التشريعات الإجرائية المختلفة والذى اختار فكرة العدالة المفسرة و المبررة، ورفض فكرة العدالة المتحكمة و الغامضة.

١١٥- دور التسبيب فى تحقيق مبدأى الإعلام وبحث الطلبات المتعارضة : Contradictoire

لا ريب أن التسبيب بطبيعته إعلام ؛ لأن القاضى عندما يسبب حكماً يعلم الرأى العام والخصوم و المحاكم الأخرى بما ارتآه. و هذا الإعلام هو الوسيلة الوحيدة التى تضمن احترام حقوق الدفاع، و تضمن السماح لمحكمة النقض برقابة قانونية الأحكام. وتبدو أهمية التسبيب فى هذا الشأن بأنه الوسيلة الوحيدة طالما أن المبدأ هو سرية المداولة و بذلك لا يوجد ثمة سبيل للكشف عن كيفية تكوين عقيدة القاضى إلا من خلال التسبيب.[2] ويعد التسبيب هو

١- د. عزمى عبد الفتاح: الالتزام القانونى بالتسبيب ص٣١ وما بعدها سالف الإشارة إليه.
٢- د. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائى الخاص جزء ٢ ط ١٩٧٤ ص ٢٢٠ .

الوسيلة الوحيدة التى تسمح بمعرفة ما إذا كان القاضى قد استقى أسباب حكمه من الدفوع والطلبات التى تجادل الخصوم بشأنها ولم يستقها من عناصر غيرها، فإذا تبين من خلال التسبيب الذى يقدمه القاضى أنه قد تناول عناصر لم ترد فى طلبات الخصوم الختامية ولم يتجادلوا بشأنها كان من المؤكد أن القاضى لم يطبق مبدأ بحث الطلبات المتعارضة وهو ما يشوب حكمه بالبطلان.[1]

١١٦- الأساس القانونى للالتزام بتسبيب الرد على الدفوع الجوهرية والطلبات الهامة:

لما كان الخصم يهدف من إثارته للدفوع أو تقديمه للطلبات إلى تحقيق مصلحة منتجة له فى الدعوى ؛ فإنها تعتبر بذلك منازعة من المتهم فى الاتهام المنسوب إليه أو الحكم الصادر عليه، وتمثل أيضاً منازعة من النيابة فى عدم أخذ المحكمة بدليل إدانة و معاقبة المتهم بالاستناد إليه. فإذا ما تحققت لهذه الدفوع و تلك الطلبات شرائط قبولها فإن المحكمة تلتزم بإيرادها وبيان أسباب الرد عليها، فإذا جاءت هذه الأسباب غير كافية أو غير سائغة فان ذلك يصم الحكم بالقصور فى التسبيب و الفساد فى الاستدلال.

أيضاً فإن الرد الكافى و السائغ على الطلبات الهامة و الدفوع الجوهرية يتصل بقاعدة أن الأحكام الجنائية يجب أن يكون مبناها اليقين لأن هذه القاعدة تلزم محكمة الموضوع ببيان أسباب الرد عليها، لأن فى عدم الرد عليها ما يؤثر فى الأدلة التى عولت المحكمة عليها فى قضائها ويشكك فيها وفى مصداقيتها، ومن ثم فانه يدنيها صوب التخمين و الاحتمال، وهو مالا يصلح لأن يكون أساساً تقوم عليه الأحكام الجنائية. وفى الواقع فإن الطلبات والدفوع حق مقرر للمتهم، عن طريقه يستطيع أن يثبت براءته أو يخفف من مسئوليته، فإذا كانت النيابة العامة مكلفة بعبء إثبات الاتهام وهى سلطة عامة

١- د. عزمى عبد الفتاح: الالتزام بالتسبيب ج ١ ط ١٩٨١ ص ١٥٦ .

ذات إمكانيات ضخمة، فإن منطق العدل يتطلب أن تكون بيد المتهم الوسيلة التى عن طريقها يستطيع أن يقف فى وجه هذا الاتهام، ويعتصم بقرينه أن الأصل فيه البراءة. ولذلك يعتبر حق الدفاع كما سلف القول من أثمن الحقوق التى يتمتع بها المتهم، وهو من القواعد الإجرائية العامة التى نصت عليها الدساتير ويكون من متطلبات هذا الحق السماح للمتهم بإثارة دفوعه وتقديم طلباته الهامة وأن تلتزم المحكمة ببيان أسباب الرد عليها. فكل مطالبة بحق يرفضها القضاء لا بد أن يبين أسباب رفضه لها.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية فى حكم سديد لها " أن القاضى إذا كان حراً فى عدم تحقيق وجه الدفع، فإن من واجبه أن يبين لماذا هو يرفض الطلب، وعلة هذا الإيجاب أن طلب التحقيق حق للمتهم وكل مطالبة بحق يرفضها القضاء لا بد من بيان سبب رفضه إياها، إذ لو أجيز للقاضى رفض طلبات مقدمة بصفة صريحة متميزة من أحد الخصوم بدون بيان السبب ؛ لكان معنى ذلك أن الشارع قد أعطاه سلطة استبدادية، وهذا غير واقع ولا جائز أن يقع".[1]

كما قضت أيضاً بأنه " إذا تقدم المدافع عن المعارض بما يبين عذره فى عدم الحضور كان لزاماً على المحكمة أن تعنى بالرد عليه ؛ سواء بالقبول أو الرفض، لأن إغفال الحكم الإشارة إلى ذلك يعتبر مساساً بحق الطاعن فى الدفاع، لا يغنى عنه إجراء إلا وجوب اشتمال الحكم على بيان أوجه الدفاع الجوهرية التى يبديها المتهم و الأسباب التى تقيم عليها المحكمة قضاءها فى شأنه".[2] ونجد أيضاً أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أيضاً الرد على

١- نقض جنائى جلسة ٢٠ديسمبر ١٩٢٨ المجموعة الرسمية السنة ٤٦ ص ٩١ .

٢- نقض جنائى جلسة ٢٥ يناير ١٩٩٩ الطعن رقم ٦٢٤٩ لسنة ٦٣ق منشور بالمستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض بالدوائر الجنائية من أول أكتوبر ١٩٩٨ حتى ٣١ مارس ١٩٩٩ الصادر من المكتب الفنى لمحكمة النقض.

الدفوع و الطلبات الهامة بمثابة التزام يلتزم به قضاة الموضوع وذلك فى مقابل الحق المقرر للخصوم فى هذا الشأن.[1]

ومما تقدم نجد أن بيان أسباب رفض أو قبول الدفوع و الطلبات على هذا النحو يعد حقاً للمتهم ؛ تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليه و بيان أسبابها فى ذلك، وهذا ما استقر عليه الفقه و القضاء. كما أن المشرع قد ألزم القضاة ببيان أسباب الرد على الدفوع والطلبات (مادة ٣١١ إجراءات).

وهذا الالتزام ما هو إلا تأكيد لهذا الحق و الذى يجد مصدره فى حق الدفاع و الذى هو من أهم المبادئ الإجرائية العامة والتى لا تحتاج إلى نصوص تشريعية تلزم بها بل أن افتراض البراءة فى المتهم يحتم هذا الحق وبدونه لا تتحقق الفعالية لقرينة البراءة، ولا تكون بيد المتهم الوسيلة التى يدافع بها عن هذا الأصل.[2] ومن ثم يتضح أنه فى اليقين القضائى و قرينة البراءة يكمن الأساس فى الالتزام بتسبيب الرد على الدفوع والطلبات المبداه من الخصوم.

١- Cass Crim 27 Fevrier 1978 Ball No 75 P. 186 et Mars 1974 Ball No 91 P.231

٢- د. على محمود على حمودة: النظرية العامة فى تسبيب الحكم. ص ٣٣٩ .

المبحث الثانى
صور التسبيب المعيب

١١٧- تمهيد:

لم يعمد المشرع إلى الحد من حرية القاضى فى تسبيب حكمه ؛ فلم يرد نص فى القانون بضرورة إفراغ أسباب الحكم فى شكل معين أو وفقاً لترتيب خاص، وإنما ترك الخيار للقاضى يسبب حكمه بالكيفية التى يراها وعلى النحو الذى يريده، وكل ما يتطلبه القانون هو أن تصلح الأسباب مبررات لما جرى به قضاء الحكم وأن تكفى لحمل النتيجة التى انتهى إليها ؛ ولو صيغت هذه الأسباب فى عبارات موجزة مادامت تفى بالغرض من التسبيب.[١]

على أنه لا يكفى أن تكون أسباب الحكم مبهمة أو غامضة أو مضطربة أو مجملة أو متهاترة أو متخاذلة أو متناقضة يمحو بعضها بعضاً. كما لا يكفى أيضاً أن تبدى مثل هذه الأسباب لاعتبار الحكم صحيح الشكل من ناحية التسبيب.[٢] ولا يعقل أن يكون مقصود المشرع بصفة عامة، سواء تعلق الأمر بالمرافعات المدنية أو بالإجراءات الجنائية أن يأتى القاضى بأية أسباب خاطئة أو غامضة : ثم يقال عنها أن الحكم بنى على أسباب صحيحة.

ولقد أيدت محكمة النقض المصرية اتجاه الرأى المتقدم فى كل أحكامها المدنية والجنائية على السواء، ومن ذلك ما رددته "أن المشرع لم يقصد إلزام المحكمة بتسبيب أحكامها أن يستكمل شكلها باعتبارها ورقة من أوراق

١- المستشار/ محمد وليد الجارحى: النقض المدنى. تأصيل وتطبيق لنظام الطعن بالنقض ط سنة ٢٠٠٠ نادى القضاة ص ٥٧١ .

٢- Cass Crim 3-2-1897 (Dalloz 178-1-97)-6-7-1905 (Dalloz 256 -1-1908)-8-3-1920 (Merle 121-1-1921) op.cit.

المرافعات، فيكتفى فيها بمطلق الأسباب، ولو جاءت مبهمة تصح لكل حكم أو غامضة أو مجملة لا تقنع المطلع عليها بعدالتها، وإنما لا يؤدى التسبيب ثمرته إلا إذا كان كافياً وكفيلاً بأن يحقق المقصود منه، وإلا استطاع قاضى الموضوع أن يجهل طريق الرد على أحكامه، فيكتفى بأسباب مجملة أو ناقصة أو أسباب يخلط فيها بين ما يستقل هو بتحقيقه و الحكم فيه من جهة الموضوع، وبين ما تراقبه فيه محكمة النقض من ناحية القانون فتكون بذلك الأحكام المسببة خير تسبيب، هى المعرضة لهذه الرقابة دون الأحكام الأخرى غير المسببة.[1]

١١٨- شروط صحة التسبيب و التسبيب المعيب:

وإذا كان الأمر على ما سلف بيانه فانه يمكن القول بأن للتسبيب شروط صحة و يترتب على عدم توافر إحداها أن يصبح التسبيب معيباً بأحد عيوب التسبيب.

الشرط الأول: لصحة التسبيب هو وجود الأسباب وجزاء تخلف هذا الشرط هو أن التسبيب يصبح معيباً بعيب انعدام الأسباب كلياً أو جزئياً.

الشرط الثانى: هو كفاية الأسباب أى صلاحيتها لتحقيق وظائف التسبيب وجزاء تخلف هذا الشرط هو أن التسبيب يصبح معيباً بعيب القصور فى التسبيب.

الشرط الثالث: هو منطقية الأسباب، و يفترض هذا الشرط قيام القاضى باستدلال معين لا يظهر إلا من خلال تسبيب سليم، و هذه مسألة لا تتعلق بوجود الأسباب وكفايتها. فالأسباب قد توجد وقد تكون كافية ولكنها غير منطقية بما يعيبها بالفساد فى الاستدلال.[2]

١- نقض مدنى ١٩ نوفمبر ١٩٣١ مجلة المحاماة ع ١٢ ص ٢١٨ .

٢- د. عزمى عبد الفتاح: "فى شروط صحة التسبيب" جزء ٢ سالف الإشارة إليه ص٢ وما بعدها.

ويقتضينا الأمر فى نطاق هذا البحث أن نعرض لصور التسبيب المعيب الثلاثة بما يستتبعه ذلك من بيان موجز لشروط صحة التسبيب ؛ باعتبار أن الصور الثلاثة هى جزاءات لتخلف أحد هذه الشروط. وباعتبار أن صور التسبيب المعيب المشار إليها تلحق دائماً التسبيب إذا تخلفت المحكمة عن الرد على أحد الدفوع الهامة أو الطلبات طبقاً للمادة ٣١١ إجراءات جنائية على ما سلف البيان. وسوف نعرض لعيوب التسبيب الثلاثة المشار إليها فى ثلاث مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول: انعدام الأسباب.

المطلب الثانى: القصور فى التسبيب.

المطلب الثالث: الفساد فى الاستدلال.

المطلب الأول
انعدام الأسباب

١١٩- التسبيب الصريح:

يشترط لصحة التسبيب وجود الأسباب فى ذات الحكم الذى يتطلب القانون تسبيبه، و هذا الوجود قد يكون "بشكل صريح" أو إذا أحال الحكم إلى ورقة أخرى كحكم سابق أو تقرير خبير، ويحدث ذلك عندما يؤيد حكم محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة لأسبابه. فمثل هذه الإحالة ممكنة سواء كانت إحالة كلية أو جزئية، وكما إذا كانت الإحالة إلى تقرير خبير منتدب فى الدعوى ؛ وفى هذه الحالة تكون أسباب هذا التقرير مكملة لأسباب الحكم. ويشترط أن تكون الإحالة جائزة أي أن تتوافر فيها شروطها. وتتمثل شروط الإحالة فى انه يلزم ذكر المحكمة صراحة ما يفيد الإحالة وان يكون الحكم المحال إليه صادرا من محكمة أدنى ومودع بملف الدعوى وألا تقدم طلبات أو أوجه دفاع جديدة أمام محكمة الاستئناف لان تقديم مثل هذه الطلبات – فى الأحوال التى تجوز فيها – أو الدفوع يقتضى بالضرورة رد المحكمة الاستئنافية عليها وتسبيب حكمها بشأنها.[١] وان يكون الحكم المحال إلى أسبابه قائما لم يلغ وألا يكون متناقضا فى أسبابه مع الحكم المحال إليه فضلا عن وحدة الخصوم فى ذات الدعويين.

١٢٠- التسبيب الضمنى:

قد يكون وجود الأسباب "ضمنيا"، فلقد استقر الفقه والقضاء فى كل من فرنسا ومصر على أنه لا يشترط وجود الأسباب دائما بشكل صريح وأنها تعد

١- د. رمزى سيف: الوسيط فى المرافعات ط١٩٦٤ بند٦٧٩ ص٦٧٨ .

موجودة إذا وجدت بشكل ضمني . implicite والأسباب الضمنية هى التى تكون موضوعة للفصل فى دفع أو طلب من الطلبات ولكنها تبرر الفصل فى دفع أو طلب آخر أو التي تنطوى تحت عبارة عامة والتى تنتج عن الفصل فى التهمة.(١)

وبناء على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "الفصل فى التهمة يبرر ضمنا الفصل فى طرق الدفاع المقدمة من المتهم، كطلب احتياطي لتعيين خبير أو بإيقاف الدعوى".(٢)

كما قضت محكمة النقض المصرية بان "الدفع بشيوع التهمة أو بأنها ملفقة على المتهم هو من الدفوع الموضوعية التى لا تستلزم ردا خاصا اكتفاءاً بما تورده من أدلة الإثبات التى تطمئن إليها. وكانت المحكمة قد أقامت قضاءها على ما اقتنعت به من أدلة، لا يمارى فيها المتهم ولها اصلها الثابت الأوراق، وكان استخلاصها سائغا وفيه الرد الضمنى برفض ما يخالفها ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها، فإن النعى على الحكم فى هذا الصدد يكون غير سديد".(٣)

١٢١- جزاء تخلف وجود الأسباب (عيب انعدام الأسباب):

يقصد بعيب انعدام الأسباب أو خلو الحكم من الأسباب ألا يتضمن الحكم أي سبب يبرر القضاء الذى انتهى إليه.

ويشكل هذا الانعدام عيبا شكليا يتصدر سائر العيوب الأخرى للتسبيب. وهو يكون فى إحدى حالات ثلاث: الحالة الأولى: هى حالة عدم تأسيس الحكم على أي سبب أي الغياب الكلى للأسباب. والحالة الثانية: هى تناقض الأسباب

١- أ. على زكى العرابى: مبادئ الإجراءات ط١٩٥١ص ٧٥٨ .
Cass Crim 6-1-1911 (dalloz p.1476)
٢- Cass Crim 11-11-1884 (dalloz p.1476)
٣- نقض جنائى جلسة ٣ يناير ١٩٨٨ س٣٩ ق ١ ص٤٩، ٢٠ ديسمبر ١٩٩٣ س٤٤ ق١٨٦ ص١٢١٤، جلسة ٩ فبراير ١٩٩٥ س٤٦ ق٤٩ ص٣٣٦، جلسة ١٠ أكتوبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٤٠ ص٩٨٧ .

مع بعضها بحيث تتهاتر ويهدم الكل منها الآخر أو إذا تناقضت الأسباب مع المنطوق حيث يؤدى ذلك إلى الانعدام الكلى للأسباب.[1]

وتتعلق الحالة الثالثة بعدم رد المحكمة على دفع جوهرى أو طلب هام والرد فى ذات الوقت على الطلبات والدفوع وأوجه الدفاع الأخرى، وهو ما يؤدى إلى الانعدام الجزئى للأسباب.

وسوف نتعرض لكل منها على النحو التالى:

١- **حالة الغياب الكلى للأسباب:** ويندر فى الواقع أن يكون الحكم خاليا من الأسباب تماما. ويمكن أن نتصور- من الناحية النظرية - ثلاث حالات يتحقق فيها الغياب الكلى للأسباب، الحالة الأولى هى أن يتعمد القاضى رفض التسبيب وهو فرض نظرى محض، والحالة الثانية تتحقق إذا لم يعلم القاضى نطاق الالتزام القانونى بالتسبيب، وذلك إذا اعتقد انه معفى من التسبيب فى حالة معينة، ويرجع وجود هذه الحالة لسبب أن المشرع لم يحدد نطاقا معينا للالتزام بالتسبيب وترك الحرية فى تحديده للقاضى بشرط أن تكون الأسباب التى يدونها في حكمه سائغة ومبررة. وتوجد الحالة الثالثة بسبب السهو أو الغفلة أو عدم التبصر، كما لو أيدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي، وفات على المحكمة أن تذكر فى مسودة حكمها أنها اعتمدته لذات الأسباب.[2] ومن تطبيقات المحاكم لحالة خلو الحكم من الأسباب ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أنه" يكون الحكم خاليا من الأسباب إذا صدر بتأييد حكم محكمة أول درجة فى مسألة كان الحكم الأخير ذاته خاليا من أي أسباب تتعلق بهذه المسالة".[3]

١- د. محمد زكى أبو عامر: الإثبات فى المواد الجنائية ط ١٩٧٧ - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ص٢٤٠ وما بعدها، د. عزمى عبد الفتاح: شروط صحة التسبيب ط١٩٨١ ص٣٢ وما بعدها.

٢- د. عزمى عبد الفتاح: شروط صحة التسبيب المرجع السابق ص ٣٣ .

٣- نقض مدنى فرنسى١٣/١٢/١٩٦٠ مجموعة ٤١١٠٢-٣٧٣ - مشار إليه بمرجع د. عزمى عبد الفتاح ص٣٤ .

كذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه "لما كانت الأحكام فى المواد الجنائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال، وكان الشارع يوجب فى المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية أن يشتمل كل حكم بالإدانة على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بيانا تتحقق به أركان الجريمة والظروف التى وقعت فيها والأدلة التى استخلصت منها المحكمة ثبوت وقوعها من المتهم، وان تلتزم بإيراد مؤدى الأدلة التى استخلصت منها الإدانة حتى يتضح وجه استدلالها بها وسلامة مأخذها وإلا كان الحكم منعدم الأسباب وكان المقصود من عبارة بيان الواقعة الواردة بالمادة ٣١٠ من القانون المذكور هو أن يثبت قاضى الموضوع فى حكمه الأفعال والمقاصد التى تتكون منها أركان الجريمة. أما إفراغ الحكم فى عبارات عامة معماة أو وضعه فى صورة مجملة، فلا يحقق الغرض الذى قصده الشارع من إستيجاب تسبيب الأحكام ولا يمكن محكمة النقض من مراقبة صحة تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها بالحكم، مما يجعله معيبا بما يستوجب نقضه والإعادة".[1] كذلك قضت بأنه "إذا لم تذكر المحكمة الاستئنافية عند تأييدها حكم محكمة أول درجة سوى قولها (إن الحكم المستأنف فى محله للأسباب الواردة به والتى تأخذ بها هذه المحكمة) ولم يتضمن الحكم الابتدائي أسباب الاتهام التى تحدث عنها الحكم الاستئنافي ؛ فإن مجيء الحكم بهذا الوضع يجعله خاليا من الأسباب".[2]

ومن هذه التطبيقات يتبين لنا أن الأسباب قد توجد فى الحكم ولكن يتساوى وجودها مع عدم وجودها، بما يجعل الحكم خاليا من الأسباب.

٢- الانعدام الكلى للتسبيب لتناقض الأسباب: فيعد الحكم منعدم الأسباب إذا كان يتضمن أسبابا متناقضة. ويشترط لكى يكون التناقض مؤديا

١- نقض جنائى جلسة ١١ ديسمبر ١٩٨٨ س٣٩ ق١٩٨ ص١٢٠٣، جلسة ٢١ نوفمبر١٩٩٥ س٤٦ ق١٨٤ ص١٢٣٢، جلسة ٢٧ مايو ١٩٩٩ ط رقم ٢٣٢٦ لسنة ٦٤ ق منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة الحادية والثلاثين الصادرة فى شهر أكتوبر ٢٠٠٠ .

٢- نقض جلسة ٢٠ فبراير ١٩٩٥ س٤٦ ق٦٠ ص٣٩٦ .

إلى انعدام الأسباب توافر ثلاثة شروط:

ا) أن يكون التناقض بين ما يعد سببا بالمعنى الفنى وبين سبب آخر أو بين سبب بالمعنى الفنى وبين المنطوق. فالتناقض بين الأسباب وما ذكره الحكم بصفة عابرة لا يعد تناقضا بين الأسباب.

ب) أن يكون التناقض مؤكداً، فالعبارات التى توهم بوجود التناقض لا تؤدى إليه.

ج) أن يكون التناقض بين الأسباب الضرورية للحكم وليس بينها وبين الأسباب الزائدة أو الثانوية، فإذا وقع تناقض بين الأسباب الزائدة بعضها البعض ؛ فإن ذلك لا يؤدى إلى انعدام الأسباب وبطلان الحكم. وعلى ذلك فالتناقض الذى يعدم الأسباب قد يكون "بين الأسباب مع بعضها" وهى الصورة الشائعة لتناقض الأسباب وقد عبرت محكمة النقض فى مصر عن التناقض بألفاظ مترادفة هى الأسباب "المتماحية" أو "المتهادمة" أو "المتساقطة" أو "المتهاترة" فكل هذه الألفاظ مترادفات لمعنى التناقض. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "التناقض الذى يعيب الحكم هو الذى يقع بين أسبابه بحيث تتماحى به هذه الأسباب، وينفى بعضها ما يثبته البعض الآخر فلا يعرف أي الأمرين قصدته المحكمة".(١)

وقد يكون التناقض بين "الأسباب والمنطوق" ومثل هذا التناقض يؤدى إلى خلو الحكم من الأسباب، ويشترط لكى تتحقق هذه الصورة أن يكون التناقض كاملاً وألا يكون علاجه ممكناً.(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية أن "الحكم قرر فى أسبابه أن أحد السائقين فى حادث تصادم قد ارتكب خطأ

١- نقض جنائى جلسة ٢٤ فبراير ١٩٨٨ س٣٩ ص ٥ حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية فى الطعن رقم ٣١٧٢ لسنة ٥٧ ق، جلسة ١٩ يناير ١٩٩٥ س٤٦ ق٣٠ ص٢١١، ٩ ديسمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٨٨ ص١٢٩٣ .

٢- د. عزمى عبد الفتاح: فى شروط صحة التسبيب ص ٤١ سالف الإشارة إليه.

اكثر من غيره ثم قرر فى المنطوق إسناد مسئولية اقل من غيره بما يعيبه بالتناقض".[1] وقد يحدث التناقض بين أجزاء المنطوق وفى هذه الحالة لا يكون التناقض قائما فى الأسباب. وقد اعتبره المشرع المصرى فى قانون المرافعات من حالات التماس إعادة النظر مادة [٢٤١/٦ مرافعات]

٣- الانعدام الجزئى للأسباب لعدم الرد على بعض دفوع الخصوم وطلباتهم ومستنداتهم الجوهرية:

يترتب على عدم رد المحكمة على بعض الدفوع والطلبات والمستندات الجوهرية التى يقدمها الخصوم انعدام الأسباب جزئيا، وليس غياب الأسباب أو انعدامها كليا أو عدم كفايتها، وقد أوجب القانون فى المادة ٣١١ إجراءات جنائية على المحكمة أن تفصل فى الدفوع والطلبات التى تقدم لها من الخصوم وتبين الأسباب التى تستند إليها، ومن البديهى أن المقصود بالدفوع والطلبات التى تلتزم المحكمة بالرد عليها، هى تلك التى تتوافر فيها شروط إبدائها على ما سلف البيان فى موضعه من هذا البحث، فضلا عن تقديمها أو إثارة الدفع بها فى المرحلة التى يجوز تقديمها فيها على ما سلف البيان. ويذهب قضاء النقض المصرى إلى اعتبار عدم الرد على الدفوع والطلبات بمثابة قصور فى التسبيب، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "الدفع ببطلان الاعتراف لصدوره تحت تأثير الإكراه دفع جوهرى يجب على محكمة الموضوع مناقشته والرد عليه، فلما كان ذلك وكان الطاعن قد دفع بهذا الدفاع أمام المحكمة وقد استند الحكم ضمن ما استند إليه فى إدانة الطاعن إلى اعترافه بالتحقيقات - دون أن يعرض لما قرره من دفاع أو يرد عليه - خاصة وقد أنكر ما اسند إليه من اتهام بمرحلة المحاكمة. فإن ذلك لما يعيب الحكم بالقصور فى التسبيب الذى يبطله".[2]

١- نقض مدنى فرنسى ١٩٦٧/١٢/٦ المجموعة ١ - ٣٥٨ - ٢٦٩ .مشار إليه بمرجع الدكتور عزمى عبد الفتاح ص٤٠ الموضع السابق . الهامش.

٢- نقض جنائى جلسة ٧ يناير ١٩٨٨ س٣٩ ق١٠ ص١١٢، جلسة ٥ يناير ١٩٩٥ س٤٦ ق٩ ص٩٤، نقض جنائى جلسة ٥ أبريل ١٩٩٩ ط رقم ٢٠٨٩٤ لسنة ٦٨ ق. منشور بمجلة القضاة الفصلية العدد رقم ٣١ الصادر فى أكتوبر ٢٠٠٠ .

وإذا كانت المحاكم مطالبة بالرد على طلبات الخصوم ودفوعهم فإنها ليست مطالبة بالرد على حججهم وأدلتهم الاستنتاجية، فيكفى أن تحكم بقبول أو رفض الدفوع والطلبات مع بيان الأسباب القانونية، ولا يتحتم مناقشة كل دليل تقدم بشأنها، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن محكمة الموضوع لا تلتزم بمتابعة المتهم فى مناحى دفاعه الموضوعى وتفصيلها فى كل جزئية منها وبيان العلة فيما أعرضت عنه من شواهد النفى أو أخذت به من أدلة الثبوت مادام لقضائها وجه مقبول".[1]

ويختلف عدم الرد على بعض دفوع الخصوم وطلباتهم أو أوجه دفاعهم عن إغفال الرد عليها، فانعدام الأسباب كليا أو جزئيا بعدم الرد على الدفوع يؤدى إلى بطلان الحكم. أما إغفال الفصل فى بعض الطلبات أي عدم البت فيها بشكل صريح أو ضمنى فلا يؤدى إلى استنفاذ المحكمة لولايتها بالنسبة لهذا الطلب، ويجوز العودة إلى المحكمة نفسها مهما كانت درجتها للفصل فيما أغفلت الفصل فيه عملاً بالمادة ١٩٣ من قانون المرافعات، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه لم يقض فى الدعوى المدنية التى أقامها والد المجنى عليها ضد المحكوم عليه لتعويض الضرر الذى ارتكبه المتهم، وكانت المادة ٣٠٩ من قانون الإجراءات الجنائية قد أوجبت على كل حكم يفصل فى الدعوى الجنائية أن يفصل فى التعويضات التى يطلبها المدعى بالخصومة المدنية ؛ ومن ثم فإن إغفال الفصل فى إحداها يتيح للمدعى أن يرجع إلى ذات المحكمة التى فصلت فى الدعوى الجنائية للفصل فيما أغفلته، وذلك عملا بالقاعدة المقررة فى المادة ١٩٣ مرافعات، وهى قاعدة واجبة الإعمال أمام المحاكم الجنائية باعتبارها من القواعد العامة فى قانون المرافعات ولعدم وجود نص يخالفها فى قانون الإجراءات الجنائية.[2]

١- نقض جنائى جلسة ١١ ديسمبر ١٩٨٨ س٣٩ ق١٩٧ ص١٢٨٩ جلسة ١١ يناير ١٩٩٥ س٤٦ ق١٤ ص١٢٢ .

٢- نقض جنائى جلسة ٩ مارس ١٩٩٣ ط رقم ١١٦٤٦ لسنة ٦١ ق س٤٤ ق٣٢ ص٢٤٦ سالف الإشارة إليه بالبند رقم ٥ من البحث، نقض جنائى جلسة ١ مارس ١٩٩٩ الطعن رقم ١٢٠٦٣ لسنة ٦٣ ق لم ينشر بعد.

المطلب الثانى
القصور فى التسبيب

١٢٢- تمهيد:

عرضنا فى المطلب الأول للعيب الأول من عيوب التسبيب وهو عيب الانعدام الكلى أو الجزئى للأسباب، ذلك العيب الذى يعتبر جزاءً على تخلف الشرط الأول لصحة التسبيب. وهو وجود الأسباب، ونعرض فى هذا المطلب للعيب الثانى وهو القصور فى التسبيب الذى يعتبر جزاءً لعدم توافر الشرط الثانى من شروط صحة التسبيب وهو كفاية الأسباب، فمجرد وجود الأسباب لا يعنى صحة التسبيب ؛ وإنما لابد أن تكون الأسباب كافية، أي أن تظهر بوضوح وبالتفصيل استنادا إلى أدلة صحيحة تبين كيفية اقتناع القاضى بالنتيجة التى توصل إليها فى قراره حتى تستطيع محكمة النقض أن تراقب المنهج الذى اتبعه القاضى حتى توصل إلى قضائه وتتأكد من احترام حقوق الدفاع.

ويكون التسبيب كافيا إذا استقى الحكم أسبابه الواقعية والقانونية الكافية لحمله من مصادر صحيحة وثابتة، أي من الوقائع الصحيحة التى ثبتت بأدلة إثبات صحيحة قانوناً، وفضلا عن ذلك فإن القاضى لابد أن يراعى عند إجراء التسبيب كفالة أدائه لوظائفه وهى التأكد من مطابقة الحكم للقانون ومن احترام حقوق الدفاع.[1] ويتحقق ذلك إذا اتبع القاضى النظام الإجرائي الذى نصت عليه مواد القانون المنظمة لتسبيب الحكم وهى المادة ١٧٨ مرافعات

١- د.عزمى عبد الفتاح: فى التسبيب ج٢ المرجع السابق ص٨٠ .

باعتباره المصدر لكل الشرائع والمادتين ٣١٠ و٣١١ من قانون الإجراءات الجنائية، بذكر البيانات اللازمة لإجراء التسبيب من حيث التعريف بالخصوم فى الدعوى، وعرض مجمل لوقائعها وخلاصة موجزة لدفوعهم وطلباتهم الجوهرية فيها. وقد رأينا فى المطلب السابق أن عدم الرد على هذه الدفوع والطلبات يصم الحكم بالانعدام الجزئى للتسبيب أو بالقصور على ما يجرى عليه قضاء النقض، والجدير بالذكر أن تطلب الرد على طلبات الخصوم ودفوعهم ودفاعهم الجوهرى يستهدف احترام حقوق الدفاع، والتسبيب هو الوسيلة التى تحقق هذه الغاية، ولا يعد الترتيب الذى ذكرته المواد المنظمة للتسبيب السالف الإشارة إليها ترتيبا حتميا يترتب على مخالفته البطلان وذلك على ما استقر عليه الفقه وقضاء محكمة النقض.[١]

كما يجب لكى يكون التسبيب صحيحا أن يستند القاضى إلى دليل معين؛ وأن يتضمن الحكم الإشارة لهذا الدليل، فإذا لم يكن هناك دليل من الأصل أو كان هناك دليل لم يبينه الحكم كانت الأسباب غير كافية. وتلك الأدلة التى يستند إليها القاضى يجب أن تكون من تلك التى قدمها الخصوم فى الدعوى وطرحت فى القضية.[٢] فلا يجوز للقاضى أن يستند إلى أدلة إثبات تتعلق بقضية أخرى ولو كانت بين نفس الخصوم إلا فى الحدود التى تجوز فيها الإحالة والتى بينا شروطها فيما سبق، ويجب التمسك بالمعنى الظاهر للمستندات وعدم الخروج عنه إلا لأسباب سائغة يقدرها القاضى، وإذا لم يحترم القاضى هذه القواعد يكون قد قضى بعلمه الشخصى وهو أمر غير جائز، ويشترط أيضا لكفاية التسبيب أن يحترم القاضى القواعد الموضوعية

١- د. احمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ط ٤ ١٩٨٠ منشأة المعارف - الإسكندرية بند٧٦ ص١٨٢، د.إبراهيم سعد: القانون القضائى الخاص المرجع السابق ج٢ بند٣٨٢ ص٢٤٤، د. عزمى عبد الفتاح: شروط التسبيب ط١٩٨١ ص٨١ وما بعدها. نقض مدنى ٥ أبريل ١٩٦٦ س١٧ ص٧٩٧.

٢- د. احمد أبو الوفا: نظرية الأحكام المرجع السابق بند٨٥ ص١٩٤، د. فتحى والى: الوسيط فى القضاء المدنى ط١٩٨٠، نادى القضاة بند٣٣٢ ص٦٩١، د.وجدى راغب: العمل القضائى، رسالة دكتوراه ١٩٧٤ سالف الإشارة إليها ص٥٤٢.

فى الإثبات التى ترد فى القوانين الموضوعية وتتعلق بشروط قبول الإثبات بطريق معين وتحديد الخصم المكلف بالإثبات وقوة الدليل المستفاد من طريق الإثبات، فحرية القاضى فى تقدير الأدلة لا تعنى عدم التقيد بقواعد الإثبات لأن ذلك يعنى الخطأ فى فهم الواقع وهو ما يشوب الحكم بالقصور فى التسبيب.[1]

ويلتزم الحكم بالإضافة للضوابط السابقة حتى يكون الحكم كافيا للتسبيب، أن يحقق وظائف التسبيب التى تتمثل فى احترام حقوق الدفاع والرقابة على قانونية الحكم. ويتحقق ذلك بأن يرد القاضى على القانون بشكل صحيح بأن يبين فى أسباب الحكم كيف أنه حلل المفترضات اللازمة لتطبيق قاعدة القانون بشكل صحيح وأنه قارن عناصر الوقائع مع هذه المفترضات ؛ ثم استخلص النتائج الصحيحة التى تسمح بتطبيق القاعدة القانونية وإنتاج آثارها، حتى يسهل مهمة محكمة النقض فى رقابتها على الأحكام وهو لا يصل إلى ذلك إلا إذا فسر قاعدة القانون وحللها تحليلاً صحيحا على ضوء قواعد التفسير وطبقا للمنهج القانونى السائد كما يتحقق ذلك أيضا بأن يبين القاضى الرد على الطلبات وأوجه الدفاع التى قدمها الخصوم للتأكد من احترام حقوق الدفاع.[2]

١٢٣- جزاء تخلف شرط كفاية الأسباب]القصور فى التسبيب:

ذكرنا فيما تقدم إن التسبيب الكافى هو الذى يحقق وظائف التسبيب والتى تتمثل فى احترام حق الدفاع وتمكين محكمة النقض من ممارسة رقابتها على قانونية الأحكام. وذكرنا فى المطلب الأول أن الأسباب يجب أن توجد فى الحكم وأن خلوه منها بسبب انعدامها كليا أو جزئيا يؤدى إلى تعييب الحكم كله أو بعضه بعيب انعدام الأسباب. غير أن محكمة النقض فى مصر قد جرت فى

١- د. احمد أبو الوفا: نظرية الأحكام الموضع السابق بند٨١ ص١٨٨، د. فتحى والى: الوسيط الموضع السابق بند٣٢٢ ص٦٩٢ .

٢- د. عزمى عبد الفتاح: شروط صحة التسبيب، المرجع السابق ص٨٨ .

قضائها على ما سوف يبين فيما يلى فى موضعه من اعتبار خلو الحكم من الأسباب هو قصور فى التسبيب، حيث تطلق اصطلاح القصور للتعبير عن عيوب التسبيب الثلاثة وهى الانعدام وعدم الكفاية وعدم المنطقية، فهى تعبر عن حالة انعدام الأسباب بالقصور.[1] وعن عدم منطقية الأسباب بالقصور بدلا من الفساد فى الاستدلال، ويقتضى المنطق السليم قصر اصطلاح القصور على حالة عدم كفاية الأسباب لأن القصور يعنى عدم الكفاية، وربما كان تعبير المشرع بلفظ واحد عن عيوب التسبيب وهو القصور فى الأسباب الواقعية (مادة ١٧٨/٣) مرافعات [هو ما دفع المحكمة إلى ذلك وإطلاق وصف القصور على عيوب التسبيب كافة.

١٢٤- حالات القصور فى التسبيب:

ويتحقق القصور فى التسبيب على النحو السابق بيانه كجزاء لعدم كفاية الأسباب إذا كان الحكم متضمناً سبباً أو أسباباً ملائمة ولكنها لا تكفى بمفردها لحمل الحكم أو لتبريره، كذلك يتحقق فى حالة إذا ما كانت الأسباب التى ذكرها الحكم لا يمكن معرفة ما إذا كان القانون قد طبق بشكل صحيح على الوقائع التى يتمتع قاضى الموضوع بسلطة تقدير ثبوتها من عدمه. كذلك إذا وجدت محكمة النقض نفسها عاجزة عن مراقبة الاستدلال الذى أجراه القاضى.

أولا: عدم كفاية الأسباب:

ويذهب الفقه التقليدى فى فرنسا ومصر [2] إلى أن القصور فى التسبيب بسبب عدم كفاية الأسباب والذى يؤدى إلى بطلان الحكم هو القصور فى

١- نقض مدنى ٢٥ ديسمبر ١٩٦٩ س٢٠ ق٢٠٦ ص١٣٢٢ .

٢- فرانسوا ديليجو: طبيعة الرقابة بند١٩٧ ص٣٠٩ مشار إليه بمرجع الدكتور عزمى عبد الفتاح هامش ص٩٨، د.رمزى سيف: الوسيط، المرجع السابق بند٥٦٧ ص٧٠٩، د.وجدى راغب: العمل القضائى المرجع السابق ص٥١٦ .

الأسباب الواقعية، واستقر قضاء النقض أيضا على ذلك.[1] ويقصد بالأسباب الواقعية - التى يترتب على القصور فيها بطلان الحكم - الوقائع ووسائل الدفاع والدفوع والأدلة التى يستند إليها الحكم فى تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة أو الوقائع الأساسية التى تعد عنصراً يلزم وجوده وينطبق عليه القانون تطبيقاً سليماً وهى ما يسميها البعض بالمفترضات اللازمة لتطبيق القانون.[2] وترجع العلة فى حصر القصور لعدم كفاية الأسباب - بالنسبة للأسباب الواقعية دون الأسباب القانونية - إلى أن عدم كفاية الأسباب الواقعية يعنى عدم اشتمال الحكم على عناصر الوقائع الأساسية التى تصلح كمفترضات لتطبيق قاعدة القانون وهو ما يُعجز محكمة النقض عن رقابة صحة تطبيق القانون. ولما كانت محكمة النقض محكمة قانون ولا تستطيع فحص الوقائع فإنها بالتالى لا تستطيع مباشرة مهمتها فى الرقابة الجدية على تكييف المحكمة للوقائع وتطبيق القانون عليها إلا إذا كانت الأسباب الواقعية التى أوضحتها المحكمة واضحة وكافية لتبرير تكييفها للوقائع ولتطبيق القانون عليها.[3] وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "عدم الرد على دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى يترتب عليه بطلان الحكم للقصور فى أسباب الحكم الواقعية".[4]

ويترتب على أن القصور لا يكون إلا فى أسباب الحكم الواقعية، أنه لا يعتد بالقصور الذى يحصل فى ديباجة الحكم، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "النعى على الحكم بالقصور والتدليل على ذلك بما جاء فى ديباجته لا فى أسبابه، هو نعى على غير أساس متى بين الحكم فى الأسباب

١- نقض مدنى ٤ أبريل ١٩٧٩ س٣٠ ع٢ ق١٨٩ ص١٦ .
٢- د. عزمى عبد الفتاح: شروط صحة التسبيب ص١٠٠ .
٣- د. إبراهيم سعد: القانون القضائى الخاص المرجع السابق ج٢ ص٢٥٤ .
٤- نقض مدنى ٤ أبريل ١٩٧٩ س٣٠ ع٢ ق١٨٩ ص١٦ سابق الإشارة إليه، نقض جنائى جلسة ٩ يناير ١٩٩٤ س٤٥ ق٧ ص٦٦ .

طلبات الخصوم ودفاعهم وما استندوا إليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية فى مراحل الدعوى".[1]

ثانيا: القصور فى الأسباب القانونية:

كما لا يعتد بالقصور الذى يحدث فى الأسباب القانونية، فقد يخطئ القاضى عند تطبيق القانون على الوقائع ومع ذلك يصل إلى النتيجة الصحيحة فى القانون. وفقه وقضاء المرافعات المدنية مستقرين على أنه لا يعيب الحكم أن تكون تقريراته القانونية خاطئة طالما انتهى إلى النتيجة الصحيحة، وتستطيع محكمة النقض بصفة خاصة أن تستكمل من تلقاء نفسها الأسباب القانونية اللازمة لصحة الحكم وان تصححها إذا كانت خاطئة لأن مثل هذه الأخطاء على خلاف الأسباب الواقعية لا تعجز محكمة النقض عن دورها فى الرقابة.[2] وإذا كانت هذه هى القاعدة فى المرافعات، فالقاعدة لا تختلف كثيرا فى قانون الإجراءات فلمحكمة النقض بدلا من أن تنقض الحكم للخطأ فى تطبيق القانون إذا اقتصر الخطأ على القانون فقط وتعيد الدعوى للقضاء فيها من جديد، فلها أن تنقض الحكم جزئيا وتصحح الخطأ فى القانون بنفسها طبقا للمادة ٣٩ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون ١٧٣ لسنة ١٩٨١ الخاص بإجراءات الطعن بالنقض على الأحكام الجنائية. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتغريم المتهمة خمسين جنيها، وكانت عقوبة الجريمة المذكورة التى دينت بها المطعون ضدها طبقا لنص المادة ٢٦٩ مكرراً من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ – هى الحبس مدة لا تزيد على شهر – وكان الحكم المطعون فيه قد استبدل عقوبة الغرامة بعقوبة الحبس الواجب القضاء بها قانوناً. فإنه يكون قد

١- نقض مدنى ٩ مايو ١٩٦٨ س١٩ ق١٣٧ ص٩٢٤ .

٢- وجدى راغب: نظرية العمل القضائى. المرجع السابق ص٥٢٥، د. عزمى عبد الفتاح: التسبيب المرجع السابق ص١٠٢، نقض مدنى ٢٨ ديسمبر ١٩٧٤ س٢٥ ق٢٥٤ ص٥٠٢، ٢٧ مارس ١٩٧٧ س٢٨ ق ١٤٠ ص٧٨٦ .

خالف القانون وإذ كان العيب الذى شاب الحكم مقصوراً على الخطأ فى تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها بالحكم فانه يتعين عملا بالفقرة الأولى من المادة ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ أن تحكم هذه المحكمة فى الطعن بتصحيح الخطأ والحكم بمقتضى القانون، ومن ثم يتعين تصحيح الحكم المطعون فيه بحبس المطعون ضدها أسبوعاً بدلا من عقوبة الغرامة المقضى بها.[1]

١٢٥- صور عدم كفاية الأسباب:

١) من الصور المختلفة لحالة عدم كفاية الأسباب أن يعرض القاضى للأسباب بطريقة معقدة ومتداخلة ؛ بحيث لا تسمح بمعرفة ما إذا كان القاضى قد حكم فى الواقع أو فى القانون.

٢) ورود الأسباب فى عبارات شديدة الغموض والإبهام ومثال ذلك أن يحيل الحكم فى قضائه بثبوت تهمة معينة لمستندات دون أن يبين ماهية هذه المستندات.

٣) أخذ الحكم فى اعتباره بعض الوقائع دون بيان الشرط الضرورى اللازم الذى يتطلبه القانون فى تكييف الوقائع، ولتطبيق حكم القانون عليها. ومثال ذلك - فى مجال الدفع بانتفاء علاقة السببية - أن يصدر حكم فى الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائى فيثبت حصول خطأ وحصول الضرر ولكنه لا يتحدث عن علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

٤) إهمال الحكم إعطاء الواقعة الأساسية التى يعتمد عليها الوضوح الكافى الذى يسمح بالرقابة على تطبيق القانون على الوقائع، مثال ذلك - فى مجال الدفع بقيام حالة الضرورة - أن يدفع المتهم أنه كان فى حالة ضرورة

١- نقض جنائى جلسة ٦ يناير ١٩٨٨ س٣٩ ق٥ ص٧٦، ٢٣ مارس ١٩٨٨ س٣٩ ق١٩ ص٤٨١، ٢٥ مارس ١٩٨٥ س٣٦ ق٧٦ ص٤٥٠، نقض جنائى جلسة ٢٢ ديسمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٩٨ ص١٣٨٢ .

أثناء ارتكاب الجريمة، فيقرر الحكم أنه لم يكن فى حالة ضرورة دون أن يبين الظروف التى استند إليها فى إثبات عدم قيام حالة الضرورة.

٥) أن يقيم الحكم قضاءه على سبب غير ملائم أو غير منتج يؤدى إلى بقاء المسألة الأصلية دون حل. ويرجع ذلك لأن يكون القاضى قد قدر خطأ أن فحص هذه المسألة والإجابة عليها غير مجد.

وإذا تأملنا هذه الصور السابقة نجد أنها تدور - كما يقول البعض بحق - حول فكرة واحدة. هى أن القصور لعدم كفاية الأسباب يتحقق كلما كانت الأسباب الواقعية التى ذكرها القاضى لا تسمح لمحكمة النقض بالتحقق من أن القانون قد طبق تطبيقاً صحيحاً.[١] غير أن ذلك يكتمل أيضا إذا عجزت محكمة النقض عن التحقق من احترام حقوق الدفاع.

وإذا كانت وظائف التسبيب على هذا النحو تنحصر فى تمكين محكمة النقض من مراقبة محكمة الموضوع لتطبيق القانون وأنها لم تخل بحق الدفاع ؛ فإن ذلك يبدو أثره جلياً فى أحكام محكمة النقض المصرية الخاصة بعدم الرد على دفع هام أو طلب جوهرى. فالأصل طبقا لهذه الأحكام أن عدم الرد على الدفع أو الطلب الهام، وإن كان يدخل فى عيب الانعدام الجزئى للأسباب إلا أن المحكمة وصفته بأنه قصور فى التسبيب، وأيضا الرد غير الكافى أو غير السائغ وصفته بهذا الوصف. لكنها فى أحكام أخرى وصفت الطلبات الجوهرية كطلب إجراء تحقيق لواقعة معينة أو طلب ندب خبير أو القيام بالمعاينة، وإحجام المحكمة عن تناولها كلية أو الرد عليها بأسباب سائغة كافية بأنها تعد إخلالاً بحق الدفاع. ومع ذلك فإن التفرقة بين عيب قصور الحكم فى التسبيب وإخلاله بحق الدفاع تبدو غير واضحة المعالم تماما فى بعض أحكام النقض، وهذا ليس بمستغرب لأن من وظائف التسبيب التى ذكرناها آنفا عدم الإخلال بحق الدفاع، ومن ثم فإن تحقق أحد العيبين فى الحكم يغنى عن

١- د. عزمى عبد الفتاح: شروط صحة التسبيب المرجع السابق ص١١٠ وما بعدها.

الإشارة إلى العيب الآخر مادام يكفى وحده لنقضه. وليس لهذه التفرقة خطورة تذكر من الوجهة العملية مادام قبول الطعن فى الحكم على افتراض أى من الصورتين موجب لإعادة المحاكمة من جديد. فالأوصاف التى ترد فى أحكام النقض ما هى إلا اجتهادات فى التفريع عن أصل قانونى واحد وهو الوارد فى نص المادة ٣٠ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ عن أسباب الطعن بالنقض، ولم يفرق إلا بين الخطأ فى تطبيق القانون الموضوعى وبين البطلان فى الحكم أو فى الإجراءات إذا أثيرت فى الحكم، والتى قد تتفاوت فيها أوجه النظر تفاوتاً طبيعياً ومن ثم فإن بعض أحكام النقض يعبر فى كثير من الأحيان عن هذه العيوب فى الأحكام فى الصورتين معا بأن"الحكم معيب بما يستوجب نقضه" دون بيان ما إذا كان مرجع ذلك إلى "القصور فى التسبيب" أم إلى "الإخلال بحق الدفاع" أم إليهما معا، بل إن بعضها الآخر يجمع بينهما فى عبارة فيقول ما مؤداه مثلاً أن إغفال الرد على هذا الدفع الهام يجعله معيبا لقصوره وإخلاله بحق الدفاع.[1]

١٢٦- تطبيقات محكمة النقض المصرية لإبراز فكرة القصور فى التسبيب بوجه عام:

ومن تطبيقات محكمة النقض لإبراز فكرة القصور فى التسبيب ما قالت به من أنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد تساند فى قضائه إلى أن الثابت من محضر المخالفة أن المتهم أقام منشآت على أرض زراعية بدون ترخيص، فإذا كان الفعل الذى ناقشه الحكم مختلفا عن الفعل المنسوب إلى الطاعن طبقا للوصف المعدل فى مواجهة دفاعه وهو تقسيم قطعة أرض بدون الحصول على ترخيص، وكان الحكم لم يعرض كلية لهذا الفعل الأخير الذى رفعت بشأنه

١- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص١٨٤ وما بعدها.

الدعوى الجنائية على الطاعن ويقول كلمته بشأنه فإنه يكون معيبا بالقصور بما يستوجب نقضه والإعادة".[١]

كما قضت أيضا بأن "طلب المتهم إعفائه من العقاب عن جريمة ترويج عمله ورقية تأسيسا على أنه مكن السلطات من القبض على متهم آخر فى الدعوى - دفاع جوهرى - فعلى المحكمة أن تعرض له وتقول كلمتها فيه وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور الذى يبطله" [٢] كما قضت أيضا بأنه "إذا كان المتهم قد قدم ورقة ليستدل بها على صحة عقد بيع مدعى بتزويره فاكتفت المحكمة فى القول بتزوير هذه الورقة بقرائن ذكرتها دون أن تعرض للورقة وتبحث الكتابة ذاتها المدونة فيها بنفسها أو بواسطة رجال الفن، ثم بنت بصفة أصلية قولها بتزوير الورقة على ما قالت أنه رأيها فى صدر عقد البيع، وبناء على ذلك حكمت بتزوير الورقة وعقد البيع فحكمها هذا يكون معيبا لقصوره وفساد منطقه".[٣]

كما قضت بأنه "لما كان دفع الطاعن بتزوير الشيك محل الاتهام - هو دفع جوهرى - على المحكمة استظهاره وتمحيص عناصره والرد عليه، فإن هى أمسكت عن ذلك فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب.[٤]

كما قضت أيضا فى جرائم القتل العمد بأنه "إذا تمسك الدفاع أمام المحكمة بكذب شهود الإثبات فى جناية قتل مستندا إلى دليل فنى كالكشف الطبى الموقع على المجنى عليه ولم تحقق المحكمة هذا الدفاع وترد عليه بل أثبتت فى حكمها ما لا ينفيه، فهذا الحكم يكون متعينا نقضه للإخلال بحق الدفاع".[٥]

١- نقض جنائى جلسة ١٤ ديسمبر ١٩٩٣ ط رقم ١٤٩٧٠ لسنة ٦١ ق مشار إليه بمجلة القضاة الفصلية سنة ٢٧ عدد ثان ق١٠٧ ص٨٤١ .

٢- نقض جنائى جلسة ٧ فبراير ١٩٦٧ س١٨ ق٣٠ ص١٦٠، ١٤ أكتوبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١١٤ ص١٠١٧ .

٣- نقض جنائى جلسة ١٤ أكتوبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج٧ ق٢٠٢ ص١٨٧ .

٤- نقض جنائى جلسة ١٢ أبريل ١٩٩٥ س٤٦ ق١٠٣ ص٧٠٤، ٢٢ أكتوبر١٩٩٥ س٤٦ ق١٦٤ ص١١١٨

٥- نقض جنائى جلسة ٢ يناير ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ج٤ ق٣٢٤ ص٤٢٢، ٢٨ فبراير١٩٩٤ س٤٥ ق٤٨ ص٣٣٥ .

وبأن "الدفع بعدم قدرة المجنى عليه على التكلم بتعقل عقب إصابته وهو من المسائل الفنية التى يتعين على المحكمة تحقيقها عن طريق المختص فنيا - دفاع جوهرى - والتفات المحكمة عن تحقيقه وردها عليه بأن المجنى عليه تحدث فعلا وذكر أن المتهم طعنه فإنه لا يصلح ردا ويعيب الحكم بالإخلال بحق الدفاع والقصور فى التسبيب لأن استطاعة النطق بعد الإصابة شئ والقدرة على التحدث بتعقل شىء آخر". [١]

وقضت كذلك بأن "البين من الأوراق أن الطاعن دفع بأن اعترافه كان وليد إكراه وقع عليه من رجال الشرطة وكان الدفع - اعتراف الطاعن بأنه وليد إكراه - مطروحا على المحكمة، وقد استند الحكم ضمن ما استند إليه فى إدانة الطاعن إلى اعترافه بالتحقيقات ؛ دون أن يعرض لما قرره من دفاع أو يرد عليه خاصة وقد أنكر ما اسند إليه من اتهام بالقتل فى مرحلة المحاكمة ؛ فإنه يكون معيبا بالقصور الذى يبطله ذلك أن الاعتراف الذى يعول عليه يجب أن يكون اختياريا، وهو لا يعتبر كذلك ولو كان صادقا إذا صدر إثر إكراه أو تهديد.[٢]

وفى جرائم الضرب العمد قضت بأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد ساءل الطاعن الأول عن جريمة الضرب مستندا إلى أقوال شهود الإثبات وكانت المحكمة قد حصلت أقوالهم بما مفاده أن المعتدين كانوا ثلاثة مجهلين فى قول البعض، وأنهم كانوا أربعة أو خمسة أو ستة فى قول البعض الآخر. وكان الحكم لم يفصح كيف انتهى إلى أن الطاعن الأول كان من بين أولئك المعتدين حال أن أحدا من الشهود لم يحدده باسمه أو يتعرف عليه فيما بعد فإن الحكم يكون مشوبا بالغموض والإبهام وهو ما يعيبه بالقصور.[٣]

١- نقض جنائى جلسة ٤ يونيو ١٩٧٢ س٢٣ ق١٩٩ ص٨٨٩، جلسة ٤ يوليو ١٩٩٣ س٤٤ ق١٠٠ ص٦٥٢ .
٢- نقض جنائى جلسة ٧ يناير ١٩٨٨ س٣٩ ق١٠ ص١١٢، جلسة ٥ يناير١٩٩٥ س٤٦ ق٩ ص٩٤ .
٣- نقض جنائى جلسة ١٩ ابريل ١٩٧٠ س٢١ ق١٤٦ ص٦١٣، ١٤ نوفمبر١٩٩٥ س٤٦ ق١٧٨ ص١١٨٠

وفى جرائم السرقة قضت بأنه "إذا كان محامى المتهم قد دفع أمام المحكمة بعدم حصول سرقة وبأن النيابة تستدل عليها بوجود النقود فى منزل المتهم ؛ دون أن يثبت أن هذا المال هو المسروق أو ممن سرق ودون أن يقول أحد أنه سرق، وكانت الواقعة كما أثبتها الحكم لا يبين منها أن المتهم وقت ضبطه كان يرتكب سرقة هذه النقود، أو شروعا فى سرقة، وكان المال المضبوط فى منزل المتهم والذى اتخذت المحكمة من ضبطه دليلا عليه لم تتعين صلته بواقعة الدعوى، فلم يتعرض الحكم لدفاع الطاعن فى هذا الشان فإنه يكون قاصرا متعينا نقضه.[1]

كما قضت أيضا فى جريمة تجريف أرض زراعية بأنه "لما كانت المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية أوجبت أن يشتمل كل حكم بالإدانة على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بيانا تتحقق به أركان الجريمة والظروف التى وقعت فيها والأدلة التى استخلصت منها المحكمة الإدانة ؛ حتى يتضح وجه استدلالها بها وسلامة مأخذها تمكينا لمحكمة النقض من مراقبة التطبيق القانونى كما صار إثباتها فى الحكم وإلا كان قاصرا، وكان الحكم المطعون فيه قد عول فى إدانة الطاعن على مجرد أن الأرض المجرفة تخصه، رغم ما أورده فى مدوناته من أن شخصا آخر هو الذى قام بالتجريف ؛ بغير أن يبين صلة الطاعن بالتجريف الذى وقع أو بشخص مقارفه، ودون أن يثبت فى حقه ما يرتب مسئوليته عن الجريمة كفاعل أصلى لها أو شريك فيها فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب الذى له الصدارة على وجوه الطعن المتعلقة بمخالفة القانون".[2]

١- نقض جنائى جلسة ٢٩ أبريل ١٩٥٢ س٣ ق٣٠ ص٨٨٧، نقض جلسة ٢٨ فبراير ١٩٩٥ ط رقم ٢٩٨٢٤ لسنة ٥٩ ق س٤٦ ق ٦٦ ص٤٣١ .

٢- نقض جنائى ٩ أكتوبر ١٩٨٥ س٣٦ ق١٤٧ ص٨٢٨، جلسة ٢٧ فبراير ١٩٩٤ س٤٥ ق٤٧ ص٣٣١، نقض جنائى جلسة ٨ ديسمبر١٩٩١ س٤٢ ق١٧٩ ص١٢٩٤ .

١٢٧- وجوه الخطأ التى لا يعتبر معها التسبيب غير كاف ولا ينطبق عليها جزاء قصور التسبيب [مالا يعد قصورا فى الرد على الدفع]

عرضنا فيما سبق للحالات المختلفة لعدم كفاية الأسباب، ويتحقق معها جزاء القصور لعدم كفاية الأسباب ؛ وذلك حينما لا يتضمن الحكم سوى هذه الأسباب المبهمة أو الغامضة أو الظنية أو الافتراضية أو إذا أقام الحكم قضاءه على غير دليل أو لم يبين الدليل الذى أقام عليه قضاءه غير أن الحكم قد يتضمن أسبابا أخرى صحيحة بجانب الأسباب غير الكافية، وفى هذه الحالة يعتبر الحكم سليما من ناحية التسبيب ما دام هناك دعامة تكفى لحمل الحكم أو إذا تضمن الحكم أسبابا زائدة عما يكفى لحمله ؛ فإن هذه الأسباب هى الأخرى لا تؤدى إلى عدم كفاية الأسباب حتى وإن كانت غير صحيحة، كذلك إذا أقام الحكم قضاءه على جملة قرائن يكمل بعضها بعضا فأنه لا تجوز مناقشة كل منها على حدة لإثبات عدم كفايتها بمفردها. فأسباب الحكم يجب أن ينظر إليها كوحدة واحدة عند بحث عيب عدم الكفاية. كذلك إذا لم تتوافر شروط الطلب أو الدفع الواجب الرد عليه. ولم تسبب المحكمة قضاءها فى خصوصه فلا يوجد قصور فى التسبيب.[١] وتفصيل ذلك على النحو التالى:

(١) جرى الفقه والقضاء على أنه لا يترتب على وجود الأسباب الزائدة فى الحكم بطلانه لقصور التسبيب. ويقصد بالأسباب الزائدة ما يرد من أسباب تزيد عن القدر الكافى لحمل الحكم، ووجود مثل هذه الأسباب لا يعيب الحكم سواء كانت هذه الأسباب الزائدة صحيحة أم غير صحيحة لعدم كفايتها فى ذاتها وسواء حدث التزيد بالنسبة للأسباب الواقعية أو القانونية ما دامت الأسباب الواقعية كافية بذاتها لحمل الحكم وتبرير منطوقة.[٢]

١- د. فتحى والى: الوسيط فى القضاء المدنى المرجع السابق ص٦٩٧ بند٣٣٢، د. وجدى راغب العمل القضائى المرجع السابق ص٥٣٩ .

٢- د. أبو الوفا "نظرية الأحكام" المرجع السابق بند١٢٣ ص٢٧٩، إبراهيم سعد القانون القضائى الخاص المرجع السابق ج٢ ص٢٧٢ بند٣٨٧، د. عزمى عبد الفتاح: " شروط صحة التسبيب " المرجع السابق ج٢ ص١٣٧ .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لما كان البين من الاطلاع على الحكم أنه عول فى إدانة الطاعن على الأدلة المستقاة من أقوال شهود الإثبات وهى أدلة سائغة وكافية فى حمل قضائه، وأنه بعد أن أورد مؤداها استطرد بأن القول بأن محضر تفريغ المحادثات المسجلة بين الطاعن والشاهد الأول أبان أنها تدور حول وقائع الرشوة، فإنه يكون من غير المنتج النعى على الحكم فى شأن هذه التسجيلات طالما أنه لم يستطرد إليها - إلا تزيدا - بعد استيفائه أدلة الإدانة، إذ لم يكن فى حاجة إلى هذا الاستطراد فى مجال الاستدلال ما دام أنه أقام قضاءه بثبوت الجريمة على ما يحمله وكان لا أثر لما تزيد إليه فى منطوقه أو فى النتيجة التى انتهى إليها".[1]

كما قضت بأنه "من المقرر أنه لا يعيب الحكم تزيده فيما لم يكن فى حاجة إليه مادام أنه أقام قضاءه على أسباب صحيحة كافية بذاتها".[2]

(٢) كما درج الفقه[3] والقضاء على أن إقامة الحكم على دعامتين أو اكثر وكفاية إحداها لحمل منطوق الحكم يؤدى إلى كفاية الأسباب بصرف النظر عن الدعامة أو الدعامات الأخرى غير الكافية.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أنه لا يقدح فى سلامة الحكم القاضى بالبراءة أن تكون إحدى دعاماته معيبة ؛ ما دام الثابت أن الحكم قد أقيم على دعامات أخرى متعددة تكفى لحمله وكان الحكم المطعون فيه بالإضافة إلى أخذه بقرينة وجود المطعون ضدها بقسم الشرطة يوم الحادث - على خلاف الواقع - قد أقام قضاءه بالبراءة على دعامات أخرى متعددة و تكفى وحدها لحمله فإن تعييب الحكم فى إحديدعاماته - بفرض

١- نقض جنائى ١٧ نوفمبر ١٩٨٨ س٣٩ ق١٦٣ ص١٠٧٤ جلسة ٢٣ يناير ١٩٩٤ س٤٥ ق٢١، ص١٣٧ .

٢- نقض جنائى ٢٧ نوفمبر ١٩٨٥ س٣٦ ق١٩٤ ص١٠٥٥، جلسة ٢٢ مارس ١٩٩٥ س٤٦ ق٩٠ ص٦٠٩ .

٣- د. احمد أبو الوفا "نظرية الأحكام" المرجع السابق بند١٢٢ ص٢٧٩ .

صحته - يكون غير منتج ويكون النعى فى هذا الشأن غير سديد".[1]

٣) كما استقر الفقه[2] والقضاء أيضا على أنه لا قصور فى التسبيب إذا لم ترد المحكمة على دفع أو طلب لم يستوف شروط صحته.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر بأن الطلب الذى تلتزم محكمة الموضوع بإجابته أو الرد عليه هو الطلب الجازم الذى يقرع سمع المحكمة ويصر عليه مقدمه، وكان الثابت بمحضر جلسة المحاكمة أن الدفاع عن الطاعن قال (أن قول الضابط أن المتهم اعترف بالمخدرات وطلب الإرشاد عن آخرين فهذا أمر غير مستساغ ولم تحققه النيابة) فإن ما ذكره الدفاع فى هذا الخصوص لا يعد طلباً بالمعنى السالف الذكر إذ هو لا يعدو أن يكون تعييبا لتحقيق النيابة لما يراه فيه من نقص دون أن يتمسك بطلب استكماله ويكون منعاه فى هذا الصدد فى غير محله".[3]

كما قضت أنه "من المقرر أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بتقص أسباب إعفاء المتهم من العقاب فى حكمها إلا إذا دفع بذلك أمامها، فإذا هو لم يتمسك أمام المحكمة بسبب الإعفاء فلا يكون له أن ينعى على حكمها إغفاله التحدث عنه. وإذ كان الثابت أن الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع بحقه فى الإعفاء من العقوبة إعمالا لنص المادة ٤٨ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها، فليس له من بعد أن يثيره لأول مرة أمام محكمة النقض".[4]

كما قضت أيضا بأنه من المقرر أن طلب المعاينة إذا كان لا يتجه إلى نفى الفعل المكون للجريمة ولا إلى إثبات حصول الواقعة كما رواها الشهود بل كان

١- نقض جنائى جلسة ١٧ فبراير ٢٠٠٠ الطعن رقم ١٣٥٠٠ لسنة ٦١ ق لم ينشر بعد، ٢٦ ديسمبر ١٩٨٥ س٣٦ ق٢١٨ ص١١٧٥ .

٢- أ.د عزمى عبد الفتاح شروط صحة التسبيب المرجع السابق ص١٤٤ وما بعدها.

٣- نقض جنائى جلسة ٢ مارس ١٩٨٨ س٣٩ ق٥٤ ص٣٦٩ .

٤- نقض جنائى جلسة ٢ مارس ١٩٨٨ س٣٩ ق٦٥ ص٤٥٨ .

مقصودا به إثارة الشبهة فى الدليل الذى اطمأنت إليه المحكمة - كما هو الحال فى الدعوى المطروحة - فلا عليها إن أعرضت عنها والتفتت عن إجابتها. ولم تورد لها ذكرا بأسبابها.[1]

كما لا يعيب الحكم إذا التفت عن دفاع ظاهر البطلان. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة بأنه "لما كان ما أورده الطاعن بدفاعه من أن المجنى عليها هددته بفضح علاقتهما الآثمة لا يشكل - بفرض صحته - حالة الضرورة ولم يقترن بخطر جسيم على النفس فلا يعيب الحكم أن يلتفت عنه لأنه دفاع ظاهر البطلان بعيد عن محجة الصواب".[2]

١- نقض جنائى جلسة ٢ مارس ١٩٨٨ س٣٩ ق٦٥ ص٤٥٨ سالف الإشارة إليه.

٢- نقض جنائى جلسة ١٠مايو ٢٠٠٠ الطعن رقم٢٣٠٩٥ لسنة٦٩ ق لم ينشر بعد مشارا إليه بالمستحدث من مبادئ محكمة النقض الصادرة فى المواد الجنائية عام ٢٠٠١ .

المطلب الثالث
الفساد فى الاستدلال فى الرد على الدفع

١٢٨- تمهيد:

هذا هو العيب الأخير من عيوب التسبيب وهو لا يلحق الحكم إلا إذا اتسم بعدم المنطقية. والتسبيب الذى يتسم بالمنطقية هو ذلك الذى يستقى مصادره من القانون والعقل فى آن واحد لأنه فى النهاية يستهدف تبرير الحكم فى مواجهة القانون وفى مواجهة العقل. وقد يحدث أن يتخلف هذا الشرط وذلك إذا رتب القاضى نتائج غير منطقية على مقدمات القياس الصحيحة. فإذا كان الحكم لا يتسم بالمنطقية فإنه يكون مشوبا بعيب الفساد فى الاستدلال. والأسباب على النحو السالف ذكره هى التى تشير بوضوح إلى تحقق خطأ الفساد فى الاستدلال أى عدم منطقية النتيجة التى انتهى إليها الحكم فى منطوقة طبقا لما جاء فى مقدمات القياس الذى باشره القاضى ونعنى بها الأسباب الواقعية والقانونية للحكم.

١٢٩- صور الفساد فى الاستدلال طبقا لأحكام النقض:

ولقد عبرت محكمة النقض المصرية عن الصور المختلفة لفساد الاستدلال بقولها "إذا بنى القاضى حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما أثبته، أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلا استخلاصه من تلك الواقعة كان هذا الحكم معيبا يتعين نقضه".[1]

١- نقض مدنى ١٨ مايو ١٩٣٩ مجموعة عمر ص٥٢٧، نقض جنائى ١٥ اكتوبر١٩٩٦ س٤٧ ق١٤٥ ص١٠٢٢ .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الحكم قد أسند - لدى تحصيله لاعترافات الطاعنين - للطاعن الرابع القول بأن المتهم السادس أخبره بأن باقى المتهمين خطفوا المجنى عليها، وتوجهوا بها إلى مسكن المتهم الثالث فتوجه إليه، وكان البين من الأوراق أن أقوال الطاعن الرابع قد خلت مما يفيد أن المتهم السادس قد أخبره بواقعة خطف المجنى عليها. وإذا كان الأصل أنه يجب على المحكمة ألا تبنى حكمها إلا على أسس صحيحة من أوراق الدعوى وعناصرها وأن يكون دليلها فيما انتهت إليه قائماً فى تلك الأوراق. فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضائه على ما لا أصل له فى التحقيقات يكون باطلاً لابتنائه على أساس فاسد".[1] كما قضت بأنه "من المقرر أن الأحكام يجب أن تبنى على أسس صحيحة من أوراق الدعوى وعناصرها، فإذا استند الحكم إلى رواية أو واقعة لا أصل لها فى التحقيقات فإنه يكون معيبا لابتنائه على أساس فاسد متى كانت الرواية أو الواقعة هى عماد الحكم. فإذا كان ذلك وكانت المحكمة قد قضت ببراءة المتهم من تهمة ذبح أنثى ماشية تأسيسا على ما لا أصل له فى التحقيقات. ومن ثم فإن حكمها يكون مشوباً بمخالفته للثابت بالأوراق بما يعيبه ويوجب نقضه".[2]

١- نقض جنائى جلسة ٨ ديسمبر ١٩٨٨ س ٣٩ ق ١٩٥ ص ١٢٦١ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٦ مايو ١٩٨٥ س ٣٦ ق ١٢٠ ص ٦٧٧ .

الباب الثانى
تقسيمات الدفوع

١٣٠- تمهيد:

خلا قانون الإجراءات الجنائية من نص يمكن الاستناد إليه لوضع قاعدة يتعين التزامها، أو معيار محدد فى التفرقة بين تقسيمات الدفوع المختلفة، كما جاءت اتجاهات الفقه فى الإجراءات الجنائية مختلفة، لم تتفق على شئ محدد يمكن الركون إليه فى بيان هذه التفرقة ؛ أو وضع ضوابط محددة لها، وهو ما يحدو بنا إلى بيان اتجاه الفقه فى قانون المرافعات، الذى يتحدث فى تقسيمات الدفوع، ويضع تعريفات محددة لها باعتبار أن قانون المرافعات هو القانون العام لقانون الإجراءات الجنائية - كما سلف القول - والذى يتعين اللجوء إليه لسد ما اعتور القانون الأخير من نقص، أو للإعانة على تنفيذ القواعد المنصوص عليها فيه، ولأنه أفرد نصوصا بعينها للدفوع والطلبات العارضة فى القانون، كما سلف البيان فى موضعه من هذا البحث ؛ ولعل ذلك يصل بنا فى النهاية إلى معيار مميز للتفرقة بين أنواع الدفوع المختلفة نلتزمه فى منهج البحث، موضوع هذه الدراسة.

على أننا سوف نعرض بعد بيان اتجاهات الفقه لتقسيمات الدفوع فى المرافعات، لتلك التى تماثلها فى فقه الإجراءات الجنائية. ثم نعرض بعد ذلك

للمعيار الذى نرى الأخذ به فى تقسيم الدفوع فى الإجراءات الجنائية، والمتمثل فى تقسيمها إلى دفوع شكلية، ودفوع موضوعية، والمبررات التى دعت لذلك.

١٣١- اتجاهات فقه المرافعات فى بيان تقسيمات الدفوع وأنواعها:

يكاد فقه المرافعات المصرى [1] يجمع على تقسيم الدفوع إلى دفوع شكلية، ودفوع موضوعية، ودفوع بعدم القبول.

١) الدفوع الشكلية : Exceptions Formels

ويقصد بها الوسائل التى يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها فى صحة إجراءات الخصومة، دون أن يتعرض لأصل الحق الذى يزعمه خصمه، فيتفادى بها مؤقتا الحكم عليه بمطلوب خصمه، كأن يجيب بأن الدعوى قد رفعت إلى محكمة غير مختصة ؛ أو رفعت بإجراء باطل، فإجراءات الخصومة لا علاقة لها بالحق المدعى به، إلا من ناحية واحدة ؛ تتعلق بتقادم هذا الحق.[2]

والدفع الشكلى - وهو الدفع الموجه لإجراءات الخصومة - لا يمس أصل الحق، ولهذا أوجب المشرع فى المادة ١٠٨ مرافعات، إبداء سائر الدفوع الشكلية - أى المتعلقة بالإجراءات - قبل التكلم فى الموضوع ؛ وإلا سقط الحق فى الإدلاء بها، ويستثنى من ذلك الدفوع المتعلقة بالنظام العام، فيجوز التمسك بها فى أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض. والدفوع التى ينشأ الحق فى التمسك بها بعد التكلم فى الموضوع كالدفع بالتمسك بميعاد معين، كاعتبار الدعوى كأن لم تكن، إذا لم تعلن صحيفتها

١- د. احمد أبوالوفا : نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ط١٩٨٠ منشأة المعارف، الإسكندرية من ص١١ إلى ص٣٥ د. رمزى سيف : الوسيط فى شرح قانون المرافعات المرجع السابق ص٤٢٤ وما بعدها، د. فتحى والى: الوسيط فى قانون القضاء المدنى المرجع السابق ص٥٣٢ ما بعدها، د. وجدى راغب: "النظرية العامة للعمل القضائى" رسالة دكتوراه المرجع السابق ص٢١١.

٢- لتفصيلات اكثر فى خصوص أثر انقضاء الخصومة على تقادم الحق، راجع د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات، المرجع السابق ص١٦٩ بند٧٤.

للخصم خلال ثلاثة أشهر (مادة ٧٠ مرافعات) ومن أنواع هذه الدفوع الشكلية الدفوع المتعلقة بالاختصاص، أو الدفع بالبطلان المنصب على إجراءات الخصومة.

٢) الدفوع الموضوعية: Defénces au fond

هى وسائل الدفاع المتعلقة بأصل الحق، أى التى توجه إلى ذات الحق المدعى به، كأن ينكر وجوده ؛ أو يزعم بانقضائه.

وإذا كان غالب فقه المرافعات [1] قد عرف الدفع الموضوعى بأنه "الدفع الذى يوجه إلى ذات الحق المدعى به ؛ كأن ينكر وجوده، أو يزعم سقوطه أو انقضاءه، كالدفع ببطلان سند الدين أو بتزويره، والدفع بانقضاء الدين بالوفاء.ويرتبون على ذلك أن الدفوع الموضوعية تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعى، ولهذا لا يتصور حصرها، ومن ناحية أخرى فإن هذه الدفوع تتعلق بأصل الحق ؛ لذا تنظمها القوانين المقررة للحقوق، كالقانون المدنى والتجارى والبحرى. فإن جانبا آخر من الفقه يذهب[2] إلى أن للدفع الموضوعى معنى آخر ضيق، ذلك أن الوقائع المانعة أو المنهية التى يتمسك المدعى عليه بها تنقسم إلى طائفتين:

١) وقائع على القاضى أخذها فى اعتباره من تلقاء نفسه، مادامت قد قدمت إليه، ولو لم يتمسك بها المدعى عليه. ومثالها واقعة عدم مشروعية السبب، أو واقعة الوفاء بالدين، وعندئذ بكون التمسك بالواقعة من جانب المدعى عليه هو مجرد تقديم واقعة للقاضى لم تقدم إليه، أو مجرد لفت انتباهه إلى واجبه فى الخصومة، ولا تكون هناك حاجة من الناحية القانونية لفكرة الدفع.

١- د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات المرجع السابق ص١٥.
٢- د. فتحى والى: "تنظيم القضاء المدنى" ١٩٨٠ المرجع السابق ص٥٣٤ وما بعدها.

٢) وقائع ليس لها أثر فى حكم القاضى، إلا إذا تمسك بها المدعى عليه بقصد رفض الدعوى ؛ فإذا تمسك بها حكم القاضى برفض الدعوى، فرفض الدعوى عندئذ يكون نتيجة لاستعمال حق محدد للمدعى عليه، وهذا هو الدفع الموضوعى بالمعنى الضيق. فالدفع يتميز بأنه يتعلق بواقعة ليس للقاضى إعمال آثارها من تلقاء نفسه، وهو بهذا يقابل حق الدعوى ؛ إذ ليس للقاضى إعماله بغير طلب من المدعى ؛ وعلى ذلك يمكن تعريف الدفع الموضوعى- بالمعنى الضيق - بأنه "حق للمدعى عليه، ليس من شانه رفض الدعوى ؛ ما لم يتمسك به المدعى عليه".

ولتمييز هذه الوقائع المنهية عن تلك التى على القاضى إعمال أثرها من تلقاء نفسه أحيانا، ينص التشريع عليها كما هو الحال بالنسبة لواقعة المقاصة إذ تنص المادة ٣٦٥ مدنى على أن "المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها". أو بالنسبة لواقعة التقادم]مادة ٣٨٧ مدنى .[فإذا سكت المشرع، فالرأى الراجح أن على القاضى أن يتمسك من تلقاء نفسه بأية واقعة تمنع بذاتها نشأة الحق الموضوعى، أو تؤدى إلى انقضائه. والأصل أن عبء إثبات هذه الوقائع سواء كانت مانعة كالصورية أو عدم مشروعية السبب، أو منهية كواقعة الوفاء يقع على المدعى عليه، إلا أن هذه الوقائع قد تؤدى بذاتها إلى منع نشأة الحق، أو انقضاءه بصرف النظر عن تمسك المدعى عليه بها، فعلى القاضى إعمال أثرها من تلقاء نفسه إذا ما تبين من مستندات القضية توافر إحداها، ولو كانت مقدمة من المدعى عليه.

ويستطيع القاضى عند عدم وجود نص تشريعى أن يحدد الواقعة التى يجب التمسك بها بواسطة دفع من المدعى عليه بأنها "تلك التى قد تكون محلا لدعوى مستقلة من جانبه" ؛ إذ كما أن للمدعى سلطة إثارتها بواسطة الدعوى تكون له وحده - إذا رفعت عليه دعوى - إثارتها بواسطة الدفع. ومثالها واقعة الغلط أو التدليس أو نقص الأهلية.

١٣٢- نتائج التفرقة بين الدفع الموضوعى وغيره من وسائل الدفاع الموضوعية :

وللتفرقة بين الدفع الموضوعى بالمعنى الضيق وغيره من وسائل الدفاع الموضوعية عدة نتائج، اهمها:

١- الدفع يقبل التنازل عنه، وبهذا لا تنتج الواقعة أثرها، أما وسائل الدفاع الأخرى ؛ فإن التنازل عنها لا يمنع القاضى من أن يأخذ فى اعتباره ما تتضمنه من وقائع. وبهذا يمكن الاتفاق على التنازل عن دفع من الدفوع كالدفع بالتقادم، ولكن لا يجوز الاتفاق على النزول عند التمسك بواقعة من الوقائع الأخرى التى لا يعتبر التمسك بها دفعا بالمعنى الضيق.

٢- الدفع بالمعنى الضيق باعتباره حقا يقبل التقادم، شأنه شأن الدعوى. أما الدفاع الذى لا يعتبر كذلك، فإنه لا يقبل التقادم، ولهذا فإنه بالنسبة لوسائل الدفاع هذه فقط تسرى قاعدة أن "الدفوع لا تتقادم". فإنكار الواقعة المنشئة أو التمسك بالوفاء أو بالصورية، يمكن أن يبقى كوسيلة دفاع، ما دام هناك طلب، على أساس وجود الحق، وعلى العكس إذا تمسك المدعى عليه بالدفع بإبطال العقد للغلط، فإن دفعه هذا - إذ هو دفع بالمعنى الضيق - يتقادم كدعوى الإبطال تماما[1]، على ما سلف البيان فى موضعه من البحث. على أن وسائل الدفاع الموضوعى طبقا لهذا الاتجاه من الفقه - سواء تعلق الأمر بدفع موضوعى أم لا - تخضع لقواعد إجرائية تميزها، هى أنها ليست واردة على سبيل الحصر، ويمكن التمسك بها فى أية حالة كانت عليها الخصومة، ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية.

١- د. فتحى والى: تنظيم القضاء المدنى المرجع السابق ص.٥٣٦ د. السنهورى: الوسيط فى القانون المدنى المرجع السابق ص٦٩٤ وما بعدها سالف الإشارة إليها بالبند رقم ٨ من البحث.

وإذا بحثت المحكمة دفاعا موضوعيا، ورفضت دعوى أو قبلتها، ثم الغى الحكم من المحكمة الاستئنافية ؛ فليس على هذه المحكمة إعادة القضية إلى محكمة أول درجة، لنظرها من جديد ؛ بل تقوم هى بنظر الدعوى والحكم فيها، أما إبداء الدفع الموضوعى فهو تعرض للموضوع والحكم فيه بقبوله هو حكم فى موضوع الدعوى يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، ويجوز حجية الشىء المحكوم به، فلا يجوز النزاع فيما فصل فيه أمام المحكمة التى أصدرته أو أمام أية محكمة أخرى ؛ على ما سيرد بيانه فى حينه عند التحدث عن الحكم الصادر فى الدفع.

٣- الدفوع بعدم القبول: Fins de non recevoire

هى وسائل الدفاع التى ينكر بها الخصم سلطة خصمه فى استعمال الدعوى ؛ كأن يزعم مثلا بانتفاء صفة الخصم أو سبق صدور حكم فى الموضوع.

وقد ذهبت غالبية فقه المرافعات المصرى[١] إلى أن الدفع بعدم القبول لا يوجه إلى إجراءات الخصومة، ولا يوجه إلى ذات الحق المدعى به، بل يرمى إلى إنكار سلطة المدعى فى استعمال الدعوى[٢]، فهو يوجه إلى الوسيلة التى يحمى بها صاحب الحق حقه، وما إذا كان من الجائز استعمالها، أم أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التى يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى، أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة.

١- أ.د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات المرجع السابق ص١٦ وما بعدها د. فتحى والى: الوسيط فى القضاء المدنى المرجع السابق ص٥٣٥ د. وجدى راغب: العمل القضائى المرجع السابق ص٢١٢ .

٢- أ.د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات المرجع السابق ص١٧ وما بعدها.

وهذا الدفع بحسب هذا الرأى له طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية، والدفوع الشكلية تجعله يحتل مركزا وسطا بينها، فهو فى بعض الأحوال يتفق مع الدفوع الموضوعية فيما يختلف فيه مع الدفوع الشكلية.
وفى أحوال أخرى يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه مع الدفوع الموضوعية، ولهذا شاع الاضطراب فى دراسته، وقد حصره هذا الاتجاه من الفقه فى الأحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه، وينفى صفته هو فى إقامة الدعوى عليه، أو ينكر وجود دعوى لدى خصمه لسبق صدور حكم فى موضوعها، أو لسبق الصلح فيها، أو لسبق الاتفاق على عرض النزاع على محكمين، أو لرفعها فى غير الميعاد المحدد لذلك كرفعها قبل أو بعد هذا الميعاد، أو لعدم رفعها على كل من يوجب القانون اختصامهم، أو لعدم رفعها من جانب اشخاص معينين، يوجب القانون رفعها من جانبهم أو لعدم اتخاذ الإجراء الذى يوجبه القانون قبل رفع الدعوى.

وقد نص قانون المرافعات على "جواز إبداء هذا الدفع فى أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو فى الاستئناف" مادة , ١١٥

ولم يتعرض المشرع إلى غير ذلك من المسائل التى يدور فيها البحث عن طبيعة هذا الدفع، لأنه لا يمكن وضع حكم عام بشأنها يسرى على سائر الدفوع بعدم القبول.[١]

وهذه الدفوع طبقا لهذا الاتجاه من الفقه هى كل أنواع الدفوع، التى يعرفها قانون المرافعات، وبعبارة تفصيلية عندما يلجأ المدعى إلى القضاء يتعين عليه أن يتخذ الإجراءات الشكلية الصحيحة التى نص عليها قانون المرافعات. وذلك حتى تنعقد الخصومة، ويتعين عليه أن يستند إلى حق، وأن تكون له دعوى، أى أن يكون المشرع قد أجاز له الالتجاء إلى القضاء لحماية الحق الذى يدعيه، فإذا لم تستكمل هذه الشروط فللمدعى عليه أن يجيب على ما يدعيه خصمه بدفع لا يتصور أن يوجه إلا للخصومة فيكون شكليا، أو لأصل الحق الذى يدعيه

١- د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات المرجع السابق ص١٨ .

خصمه فيكون موضوعيا، أو للدعوى فيكون دفعا بعدم القبول.

وإذا كانت القاعدة بالنسبة للدفوع الموضوعية، والدفوع بعدم القبول هى عدم حصرها فقد جاء قانون المرافعات المصرى مقررا أيضا عدم حصر الدفوع الشكلية بدورها، على اعتبار أن كل دفع يتصل بالإجراءات هو فى واقع الأمر دفع شكلى، وعلى اعتبار أنها تجمعها فكرة واحدة، إذ لا تمس أصل الحق المدعى به، ويقصد بها تفادى الحكم فى الموضوع بصفة مؤقتة، وترتبط جميعها بفكرة الجزاء فى قانون المرافعات.[1]

١٣٣- أهمية التفرقة بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية:

تشترك الدفوع الشكلية فى صفات خاصة تتميز بها عن الدفوع الموضوعية بما يلى:

١- أنها تبدى قبل التكلم فى موضوع الدعوى، أى فى بدء النزاع وإلا سقط الحق فى الإدلاء بها على اعتبار أن صاحب الحق فيها قد تنازل عنها.

وهذه القاعدة تتمشى مع المنطق السليم، إذ من الطبيعى إلا يسمح للمدعى عليه بالتراخى فى إبداء هذه الدفوع التى لا تمس اصل الحق بعد التكلم فى الموضوع، وذلك منعا من تأخير الفصل فى الدعوى. هذا بالنسبة للدفوع التى لا تتعلق بالنظام العام، أما الدفوع المتعلقة بالنظام العام، فيجوز إبداؤها فى أية حالة تكون عليها الدعوى، كالدفع بعدم اختصاص المحكمة المتعلق بالوظيفة أو بنوع القضية.

٢- إن المشرع فى القانون المصرى يوجب إبداء جميع الدفوع الشكلية معا، و بأسبابها قبل التكلم فى الموضوع، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ما لم يتصل بالنظام العام، وعلى ذلك يعتبر تنازلا عن الدفع الشكلى مجرد تقديم دفع آخر عليه. أما فى الدفوع الموضوعية فلا يعتبر تنازلا عن الدفع الموضوعى مجرد تقديم دفع آخر عليه.

١- د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات المرجع السابق ص١٩ وما بعدها.

٣- إن المحكمة تقضى كقاعدة عامة فى الدفع الشكلى قبل البحث فى الموضوع لأن الفصل فى الدفع الشكلى قد يغنيها عند التعرض للموضوع، إذ يترتب على قبوله انقضاء الخصومة أمامها ؛ ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تضم الدفع إلى الموضوع، إذا رأت أن الفصل فى الدفع يستلزم بحث الموضوع ؛ وفى هذه الحالة تصدر فيها حكما واحدا بشرط أن تبين فى حكمها ما قضت به فى كل منهما، وللمحكمة على الرغم من قرار الضم أن تحكم بعدئذ فى الدفع الشكلى وحده بقبوله، و عندئذ قد يغنيها هذا الحكم عند نظر الموضوع وعند تعدد الدفوع الشكلية يجب على المحكمة أن تقضى أولا فى الدفع بعدم الاختصاص - أيا كان نوعه - ثم تتدرج بعدئذ لباقى الدفوع. والدفع بعدم القبول إذا كانت قد قضت باختصاصها بنظر الدعوى، لان المحكمة لا ولاية لها فى القضاء فى باقى الدفوع الشكلية، ما لم تكن مختصة بنظر النزاع وتطبق ذات القاعدة إذا حصل التمسك بعدم الاختصاص وباعتبار الخصومة كأن لم تكن لأى سبب من الأسباب.

و إنما إذا حصل التمسك أمام محكمة الطعن بعدم قبوله شكلا وبعدم اختصاصها فى بنظره أو بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى بنظر الدعوى، وجب عليها أولا أن تقضى بقبول الطعن شكلا لأن الخصومة فى الطعن لا تنعقد إلا إذا كان مقبولا شكلاً، فسلطة محكمة الطعن مشروطة أولا ؛ وقبل نظر أى دفع فيه بقبوله شكلا.

٤- الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلى لا يمس اصل الحق، وبالتالى لا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر بقبول الدفع بعدم الاختصاص، أو ببطلان ورقة التكليف بالحضور، ويجوز تجديد الخصومة بمراعاة الإجراءات الصحيحة إذا لم يكن الحق قد سقط لسبب أخر من الأسباب.

أما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعى فيترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به ؛ وهذا الحكم يحوز حجية الشىء المحكوم به فلا يجوز

تجديد النزاع أمام المحكمة التى أصدرت الحكم، أو أمام أية محكمة أخرى.

٥- أن استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلى لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا الخصومة فى الدفع، وبعبارة أخرى ولاية المحكمة الاستئنافية تقتصر على مجرد إعادة النظر فى الدفع ؛ ولا يجوز لها أن تقضى فى موضوع الدعوى، إن هى ألغت الحكم المستأنف، بل يتعين إعادة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في موضوعها، وذلك لان هذه المحكمة لم تستنفذ ولايتها بالنسبة للموضوع، لان القاعدة أن "الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا ما رفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة الدرجة الأولى"، أما إبداء الدفع الموضوعى، فهو تعرض للموضوع والحكم فيه يعتبر صادرا فى موضوع الدعوى، واستئنافه يعيد طرح الموضوع على المحكمة الاستئنافية، مما يتعين عليها إن هى ألغت الحكم الابتدائى أن تقضى من جديد فى موضوع الدعوى.

٦- أن الحكم الصادر فى الدفع الشكلى يعد حكما فرعيا، أى يعد صادرا قبل الفصل فى الموضوع، بينما الحكم الصادر فى الدفع الموضوعى يعد حكما موضوعيا.

١٣٤- اتجاهات فقه الإجراءات الجنائية المختلفة فى تقسيمات الدفوع:

اختلفت الآراء والاتجاهات فى فقه الإجراءات الجنائية فى تقسيم الدفوع.

ويمكن أن نميز فى ذلك بين اتجاهين:

الأول: يرى انه يمكن تقسيم الدفوع إلى نوعين [1] موضوعية، وقانونية، على النحو التالى:

١- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام المرجع السابق من ص٢٧٥ حتى ص, ٢٨٠ د. مأمون سلامة: قانون الإجراءات الجنائية، معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض ط ١٩٨٠ ص٩٣١ وما بعدها سالف الإشارة إليه.

١- دفوع موضوعية لا حصر لها، وتختلف من دعوى إلى أخرى. وتدور كلها حول عدم ثبوت الواقعة أو عدم صحتها، أو عدم صحة إسنادها إلى المتهم ؛ وقد تدور حول عدم أهميتها إذا أريد بها التأثير فى تقدير العقوبة فحسب.

٢- أما الدفوع القانونية: فهى تلك التى تستند من وجهة نظر هذا الجانب من الفقه إلى نصوص خاصة فى قانون العقوبات، أو فى قانون الإجراءات. وهذه قد يمكن حصرها، ولكنها تعد مع ذلك فى حكم اوجه الدفاع الموضوعية وتلحق بها مادامت تقتضى تحقيقا فى موضوع الدعوى ؛ كالدفع بانتفاء ركن من أركان الجريمة أو بانتفاء ظرف مشدد، أو بامتناع المسئولية للجنون أو الإكراه، أو الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية أو المدنية لأى سبب من أسباب الانقضاء.

أما الجانب الثانى: فيرى أنه يمكن تقسيم الدفوع تقسيمات متنوعة [١]

أولها: بحسب القانون الذى يحكمها، تنقسم الدفوع تقسيما ثانويا، فتعتبر دفوعا متعلقة بقانون العقوبات ؛ إذا كانت مستندة إلى قانون العقوبات، ودفوعا متعلقة بقانون الإجراءات ؛ إذا كان مصدرها قانون الإجراءات.

وثانيها: من حيث طبيعة الدفع ذاته.

١- فهى تعتبر دفوعا موضوعية ؛ إذا كان الدفع الذى يثار أمام محكمة الموضوع يتعلق بوقائع الدعوى، ويتطلب تحقيقا لإثباته، وتدخلا فى تصوير الواقعة وتقدير الأدلة، ويترتب عليه - إذا صح - عدم الحكم على المتهم بالعقاب أو التخفيف من قدر مسئوليته.

١- د. حسنى الجندى: وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائى ط ٨٩ / ١٩٩٠ دار النهضة العربية ص٣٠ وما بعدها حتى ص٧٣ .

٢- أما الدفع الشكلى - بحسب هذا الاتجاه من الفقه - فهو الدفع الذى يطعن الخصم - بمقتضاه - فى إجراءات الخصومة الجنائية ؛ بحيث يتوقف مصير الدعوى الجنائية على الفصل فيه.

وثالثها: من حيث الأهمية، تنقسم الدفوع إلى دفوع جوهرية هامة ومؤثرة فى الدعوى الجنائية ويترتب عليها عند الأخذ بها تغيير وجه الرأى فى الدعوى ودفوع غير جوهرية: وهى تلك التى لا تؤثر فى الدعوى لجنائية ولا يكون الغرض منها سوى مجرد التشكيك فى مدى ما اطمأنت إليه المحكمة من أدلة الثبوت. ورابع هذه التقسيمات: هو تقسيمها من حيث الهدف منها، إلى دفوع تتعلق بالنظام العام، أخرى تتعلق بمصلحة الخصوم.

١٣٥- رأينا فى الموضوع:

وإذا كانت هذه هى اتجاهات فقه الإجراءات الجنائية المختلفة فى تقسيمات الدفوع ؛ فإننى أرى أن الاتجاه الجدير بالتأييد، هو اتجاه المرافعات الذى يقسم الدفوع إلى شكلية وموضوعية.

فالدفع الذى لا ينفذ إلى موضوع الدعوى، أو يتعلق بوقائعها أو تقدير الأدلة فيها، هو دفع شكلى. بمعنى أن الدفع "يعتبر شكليا" إذا تعلق بإجراءات الدعوى، أو سير الخصومة الجنائية أمام القضاء، أو صحة اتصال المحكمة بالدعوى، ويترتب على الفصل فيه فيما لو صح تحديد مصير الدعوى الجنائية أمام المحكمة ويتوقى الخصم بمقتضاه الحكم بمطلوب خصمه مؤقتا فى بعض الأحيان، كالحكم الصادر بعدم الاختصاص من المحكمة التى أصدرته.

أما الدفع الموضوعى، فهو الدفع الذى يتعلق بموضوع الدعوى أو تصوير الواقعة فيها، أو تقدير الأدلة التى تثار بها. ويترتب عليه - فيما لو صح - عدم الحكم على المتهم بالعقاب أو التخفيف من قدر مسئوليته، أو عدم الأخذ بدليل معين فى شأنه.

وتقسيم الدفوع على هذا النحو يبين لنا اوجه الشبه بين التقسيم الوارد لها فى قانون المرافعات، وما انتهينا إليه فى الإجراءات الجنائية ؛ ذلك أنه إذا كان الدفع الموضوعى يتعلق بأصل الحق المدعى به فى قانون المرافعات، فهو فى قانون الإجراءات الجنائية يتعلق بوقائع الدعوى. وإذا كان الدفع الشكلى فى قانون المرافعات يتعلق بإجراءات الخصومة المدنية ؛ فإنه فى قانون الإجراءات الجنائية يوجه إلى إجراءات الخصومة الجنائية وصحة اتصال المحكمة بها.

والأصل أن الدفوع الموضوعية تشمل الدفوع المستندة لقانون العقوبات بينما الدفوع الشكلية تتطابق مع الدفوع التى تستند إلى قانون الإجراءات الجنائية. ولكن ليس معنى ذلك أن هذا المعيار على إطلاقه، فهناك من الدفوع الشكلية ما يستند إلى قانون العقوبات بالإضافة إلى قانون الإجراءات، كالدفع بالارتباط ؛ الذى يترتب عليه فيما لو صح عدم صحة الاتصال المحكمة بالدعوى، وامتداد اختصاص المحكمة لنظر دعاوى كانت فى الأصل غير مختصة بها.

ومفاد ذلك أن لهذا الدفع ؛ إن صح نتائج إجرائية، تتمثل فى تأثيره على اختصاص المحكمة، كما أن له نتائج موضوعية تتمثل فى تطبيق نصوص قانون العقوبات، المتعلقة بحالاته على ما سيرد تفصيله عند الحديث عن الدفع بالارتباط.

كما أنه من الدفوع الموضوعية ما يستند لقانون الإجراءات ؛ كالدفع ببطلان إجراءات القبض أو التفتيش أو أى دفع يتعلق بمشروعية أدلة الجريمة.

وإذا كنا قد رأينا اتباع فقه المرافعات عند تقسيم الدفوع إلى شكلية وموضوعية ؛ فلقد أخذنا به على اعتبار أن قانون المرافعات هو الأصل العام للقواعد الإجرائية، والذى ينبغى الرجوع إليه لسد النقص فى قانون الإجراءات الجنائية أو الإعانة على تنفيذ القواعد المنصوص عليها فيه.

وعلى هذا سار جانب كبير من الفقه[1] كما أخذت بذلك أحكام محكمة النقض المصرية فى أحكامها العديدة. [2] وعلى ما سيرد تفصيله لكل دفع فى موضعه من هذه الدراسة.

إلا أن جانبا آخر من الفقه ذهب إلى أن هذا الرأى لا يسانده الواقع القانونى، نظرا لأن قانون الإجراءات الجنائية يختلف فى مضمونه وأهدافه وطبيعته وقواعده والسلطات التى يتمتع بها أطراف الدعوى عنه فى قانون المرافعات.[3] غير أن هذا الرأى مردود بأن قانون الإجراءات لم يعط للمحاكم ذاتية مستقلة أثناء نظر الدعوى الجنائية عنها فى الدعاوى المدنية باعتبار أن الجهاز القضائى المختص بالفصل فى الدعويين الجزائية والمدنية يشكل وحدة واحدة لا تتجزأ، ويستمد سلطات وضمانات أداء عمله من قانون المرافعات ذاته. فضلا عن أن السلطات التى يتمتع بها أطراف الدعوى المدنية فى التقدير والإثبات تزيد عما هو مقرر لأطراف الخصومة الجنائية، ولا بأس من الرجوع إلى قانون المرافعات لزيادة هذه السلطات والضمانات المقررة به لأطراف الخصومة الجنائية، مما يمكن معه تطبيق قواعد قانون المرافعات على الوقائع التى جاء قانون الإجراءات الجنائية خاليا من نص يحكمها، حتى يتم تدارك النقص التشريعى فى قانون الإجراءات الجنائية.[4]

١- أ. على زكى العرابى: "المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية" جزء١ ط ١٩٥١ المرجع السابق ص٢٤١ احمد عثمان حمزاوى: "موسوعة التعليقات على قانون الإجراءات الجنائية" ط ١٩٥٣ ص٤٧ د. توفيق الشاوى: "فقه الإجراءات الجنائية " ط ١٩٥٤ ص١٤ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٣ مارس١٩٨٣ س٣٤ ق٦٨ ص٣٤٤، ٢٠ أكتوبر١٩٨٣ س٣٤ ق١٦٧ ص٨٤١ .

٣- د. حسنى الجندى: "وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائى" المرجع السابق ص٤٠ وما بعدها.
د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص١٠ .

٤- راجع ما سلف ذكره فى هامش الصفحة رقم بند ٥ لتأييد رأى الباحث فى خصوص الرجوع إلى قانون المرافعات، باعتباره قانونا عاما لقانون الإجراءات.

وإذا كنا قد قلنا بالأخذ باتجاه فقه المرافعات فى تقسيم الدفوع إلى موضوعية وشكلية ؛ فإننا لا نساير هذه الاتجاه حتى نهايته، وهو اعتبار أن التقسيم يتكامل بإضافة نوع آخر له، هو الدفع بعدم القبول. ذلك أن هذا النوع من الدفوع قد ورد النص عليه صراحة فى المادة ١١٥ من قانون المرافعات ؛ ولكننا لا نرى إمكان تطبيقه فيالإجراءات الجنائية ونؤيد اتجاه فقه الإجراءات الجنائية الذى يعتبر عدم القبول نوعا من الجزاء الإجرائى على ما سيرد بيانه تفصيلا فى هذه الدراسة، عند دراسة الحكم الصادر فى الدفع.[١] ويطبق إذا ما دفع بأى دفع من الدفوع الشكلية، وتكاملت شروط صحته ؛ على ما سيتضح عند دراسة كل نوع من الدفوع الشكلية على حده ؛ لان الدفع بعدم القبول يبدى أمام القضاء الجنائى، للتمسك بعيب لحق إجراءات الخصومة الجنائية، وأولها الدعوى.فمثلا إذا دفع المتهم بعدم القبول ؛ لرفع الدعوى الجنائية من غير ذى صفة فى جرائم الموظف العام التى تقع منه أثناء تأدية وظيفته طبقا للمادة ٦٣ إجراءات إذا كان رافع الدعوى هو عضو من النيابة من غير من نصت عليهم المادة ؛ فالدفع فى حقيقته هو انعدام صفة رافع الدعوى أما عدم القبول، فهو جزاء إجرائى تطبقه المحكمة عند صحة الدفع.

وبعد أن انتهينا من بيان الاتجاهات المختلفة فى تقسيمات الدفوع فى المرافعات والإجراءات ورأينا تقسيمها إلى دفوع شكلية ودفوع موضوعية، فإننا سوف نلتزم هذا التقسيم فى البحث، ونعرض لها فى هذا الباب داخل فصلين على النحو التالى:

الفصل الأول: الدفوع الشكلية.

الفصل الثانى: الدفوع الموضوعية.

١- د. احمد فتحى سرور: "الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية" الطبعة السابعة ١٩٩٣، نادى القضاة ص٣٢٠ .

الفصل الأول
الدفوع الشكلية

١٣٦- تمهيد وتقسيم:

انتهينا فيما سبق إلى أن الدفوع الشكلية هى تلك التى تتعلق بإجراءات الدعوى الجنائية أو سير الخصومة فيها أمام القضاء أو صحة اتصال المحكمة بالدعوى، ويترتب على الفصل فيها فيما لو صحت تحديد مصير الدعوى الجنائية أمام المحكمة. ويتوقى الخصم بمقتضاها الحكم بمطلوب خصمه مؤقتا فى بعض الأحيان، كالحكم الصادر بعدم الاختصاص من المحكمة التى أصدرته. وإذا كانت القاعدة فى قانون المرافعات هى عدم حصر الدفوع الشكلية ؛ فإن هذه القاعدة لم تختلف فى قانون الإجراءات إذ لم تتضمن نصوصه حصرا للدفوع الشكلية التى يستطيع الخصم إبداءها أمام القضاء. وعلى ذلك فإن كل دفع يتعلق بإجراءات الخصومة الجنائية أو صحة اتصال المحكمة بها ولم ينفذ إلى موضوع الدعوى وأدلتها، يعد دفعا شكليا وسوف نعرض فى هذا الفصل لأهم هذه الدفوع الشكلية فى محاولة لتحديد نطاقها دون أن يعتبر بيانها على هذا النحو بيانا حصريا، فالمعيار الذى يربطها جميعا وتنضوى تحته هو أنها لا تتعلق بموضوع الدعوى الجنائية وأدلتها ؛ وإنما تتعلق بإجراءات الخصومة الجنائية ومن ثم فإننا سوف نوضح فى هذا الفصل أهم هذه الدفوع وطبيعة كل دفع منها وأحكامه، وممن يصح التمسك به ومدى تعلقه بالنظام العام. وذلك فى المباحث التالية:

المبحث الأول: الدفوع المتعلقة بصحة اتصال المحكمة بالدعوى.

المبحث الثانى: الدفوع المتعلقة بصحة إجراءات رفع الدعوى.

المبحث الثالث: الدفوع المتعلقة بصفة رافع الدعوى.

المبحث الرابع: الدفوع المتعلقة بانقضاء سلطة الادعاء.

المبحث الأول
الدفوع المتعلقة بصحة اتصال المحكمة بالدعوى

١٣٧- تمهيد وتقسيم:

يعد هذا النوع من الدفوع أحد الدفوع الشكلية، ويتعلق بصحة اتصال المحكمة بالدعوى الجنائية أو المدنية، على حد سواء، أى بقبولها أمامها ويترتب عليها - فيما لو صح الدفع الذى يتمسك به الخصم - عدم اختصاص المحكمة لانقضاء ولايتها بنظرها، ويجمع بين هذه الدفوع أنها تتعلق باختصاص المحكمة أو امتداد اختصاصها لدعاوى لا تختص بها أصلا ؛ أو بتنازع الاختصاص بين المحاكم المختلفة.

وسوف نختص بالبحث منها، أنواع الدفوع المبينة بالمطالب التالية:

المطلب الأول: الدفع بعدم الاختصاص.

المطلب الثانى: الدفع بالارتباط.

المطلب الثالث: الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية لسقوط الحق فيها أمام القضاء الجنائى.

المطلب الرابع: الدفوع المتعلقة بالمسائل غير الجنائية.

المطلب الأول

الدفع بعدم الاختصاص

léxception d'incompétence

١٣٨- تمهيد:

هو الدفع الذى يقصد به منع المحكمة من الفصل فى الدعوى المعروضة أمامها لخروجها عن حدود ولايتها ؛ طبقا لقواعد الاختصاص المعروفة بالنسبة لشخص المتهم، أو لنوع الجريمة أو لمكانها.[١]

ولقد ذهب جانب من الفقه ؛ [٢] إلى اعتبار الدفع بعدم الاختصاص "دفعا موضوعيا"، استنادا إلى ما ورد بأحكام محكمة النقض من أن "هذا الدفع لا يقبل إذا استلزم تحقيقا موضوعيا من جانب المحكمة"، غير أن هذا الرأى مردود عليه بان مقصود ما ورد بأحكام محكمة النقض من أن الدفع بعدم الاختصاص يجب أن تكون عناصره ثابتة فى الحكم دون أن يكون مستلزما" تحقيقا موضوعيا" ؛ هو أن يكون متاحا لمحكمة النقض أن تفصل فيه بمجرد الاطلاع على مدونات الحكم المطعون فيه، دون أن تجرى تحقيقا بنفسها فيه ؛

١- أ.د. نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات الجنائية. ط ١٩٨٨ نادى القضاة ص٣٦٠ وما بعدها أ.د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام. سالف الإشارة إليه ص٣٧٥ وما بعدها. أ.د. مأمون سلامة: قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض المرجع السابق ص٥١٨ وما بعدها.
٢- د. حسنى الجندى: وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائى المرجع السابق ص٣٨ .

أو تتحرى وجوده، باعتبارها محكمة قانون ؛ ليس من وظيفتها أن تجرى تحقيقا فى الدعوى، إلا فى حالات محددة ؛ نص عليها قانون إجراءات الطعن بالنقض رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩, حينما تتولى بنفسها القضاء فى موضوع الدعوى عند الطعن على الحكم بالنقض للمرة الثانية مثلا.

ومن ثم لا يمس ذلك "ذاتية" الدفع بعدم الاختصاص من انه دفع شكلى متعلق بصحة اتصال المحكمة بالدعوى، ولا يقترب من موضوع الدعوى أو ينفذ إليه، إلا إذا استلزم الفصل فى الدفع بعدم الاختصاص ذاته التطرق لموضوع الدعوى على ما سيرد بيانه، وفى هذه الحالة يتعين على المحكمة نظر الموضوع لا لذاته وإنما باعتباره مسألة أولية يتعين بحثها أولا وقبل الفصل فى مسألة الاختصاص، كما فى تحديد نوع الجريمة وما إن كانت جناية أم جنحة.

١٣٩- الطابع الإلزامى للدفع بالاختصاص :[١]

يستند الدفع بالاختصاص، كما قدمنا إلى قواعد القانون. ومن ثم كانت قواعد الاختصاص ذات طابع إلزامى ؛ ينبع من الطابع الإلزامى للقاعدة القانونية ؛ وهى إلزامية سواء بالنسبة لأطراف الدعوى أو بالنسبة للقاضى نفسه. فالمدعى يلتزم بان "يطرح دعواه على المحكمة التى خولها القانون نظرها"، ولا يجوز له أن يرغم المدعى عليه على المثول أمام أية محكمة أخرى، ولا يقبل من المدعى عليه دفعه بعدم الاختصاص ؛ إلا إذا استند إلى قاعدة قانونية تخرج الدعوى من اختصاص المحكمة، ويعنى ذلك انه لا يجوز أن يستند هذا الدفع إلى اعتبارات الملاءمة بالنسبة للمدعى عليه، وقواعد الاختصاص إلزامية للقاضى، فإذا ثبت له اختصاصه بالدعوى، تعين عليه أن يقضى فيها، ولا يجوز له قانونا أن يمتنع عن ذلك. فإن قضى بعدم اختصاصه ؛ كان قضاؤه باطلا.

١- د. نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات الجنائية المرجع السابق ص٣٦٤ بند رقم ٤٠٠ .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كانت محاكم أمن الدولة محاكم استثنائية، اختصاصها محصور فى الفصل فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية، أو من يقوم مقامه، ولو كانت فى الأصل مؤثمة بالقوانين المعمول بها، وكذلك الجرائم المعاقب عليها بالقانون العام وتحال إليها من رئيس الجمهورية، أو ممن يقوم مقامه، وان المشرع لم يسلب المحاكم صاحبة الولاية العامة شيئا البتة من اختصاصها الأصيل، المخول لها بموجب المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الصادر به القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل ليشمل الفصل فى الجرائم كافة، إلا ما استثنى بنص خاص ؛ وبالتالى يشمل هذا الاختصاص الفصل فى الجرائم المنصوص عليها فى القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ المعدل، ولا يحول بين هذه المحاكم وبين اختصاصها بالفصل فى الجرائم المنصوص عليها فى القانون سالف الذكر مانع من القانون، ويكون الاختصاص فى شأنها مشتركا بين المحاكم العادية، ومحاكم أمن الدولة المشكلة وفق قانون الطوارئ، ولا يمنع نظر أيهما فيها من نظر الأخرى إلا أن تحول دون ذلك قوة الأمر المقضى، وكانت النيابة العامة قد رفعت الدعوى الجنائية قبل المطعون ضده عن جرائم إحداث عاهة مستديمة وإحراز سلاح نارى وذخيرة بدون ترخيص، وقدمتها أمام المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة، وكانت الأوراق قد خلت مما يفيد أنها رفعت أمام محكمة أمن الدولة وقضى فيها بحكم بات ؛ فإنه ما كان يجوز لمحكمة الجنايات أن تتخلى عن ولايتها الأصيلة تلك، وان تقضى بعدم اختصاصها ؛ بحجة أن محكمة أمن الدولة طوارئ، هى المختصة بالفصل فى الدعوى، ويكون قضاؤها المطعون فيه مشوبا بمخالفة القانون، مما يبطله"[1] كما أنه إذا ثبت للقاضى انه غير مختص تعين عليه أن يقرر ذلك وتخرج الدعوى من حوزته فإن قضى فيها،

١- نقض جنائى جلسة ٧ أكتوبر ١٩٩٩ ط رقم ٢١١١٤ لسنة ٦٧ ق لم ينشر بعد مشار إليه بالمستحدث من مبادئ محكمة النقض الصادرة فى المواد الجنائية ٢٠٠١ من المكتب الفنى لمحكمة النقض.

كان قضاؤه باطلا. وليس من شأن ذلك أن يجعل الحكم منعدما لأن اختصاص المحكمة بالحكم فى الدعوى شرط لصحة الحكم لها ؛ لا لوجوده قانونا.[1]

على أن القاعدة فى قضاء المحكمة باختصاصها أو عدم اختصاصها على النحو المبين سلفا، ليست مطلقة ؛ طالما أن القانون هو مصدر الإلزام بالنسبة إليها فى تحديد الاختصاص، ففى بعض الحالات، قد يكون للتكييف الذى تنسبه النيابة إلى الواقعة قوة تحديد القضاء المختص، ولو تبين أنه كان تكييفا غير صحيح، وتطبيقا لذلك ؛ فإن محكمة الجنايات تختص بالجنحة التى أحيلت إليها بوصف الجناية إذا لم تكتشف حقيقة تكيفها ؛ إلا بعد تحقيقها. (مادة ٣٨٢) من قانون الإجراءات الجنائية.[2]

لكن التحديد الذى تقول به النيابة للقضاء المختص بدعواه غير ملزم إذ لا يعدو أن يكون طلبا لأحد أطراف الدعوى ؛ ومن ثم كان للقضاء سلطة تقديره وقبوله أو رفضه، ومن ثم فإن محكمة الجنح تقضى بعدم اختصاصها إذا تبين لها أن الواقعة جناية أو إنها جنحة لا تختص بها (المادة ٣٠٥ من قانون الإجراءات الجنائية). بل إن لمحكمة الجنايات أن تقضى بعدم اختصاصها بالجنحة إذا تبين لها حقيقة وصفها قبل تحقيقها بالجلسة طبقا للمادة ٣٨٢ سالف الإشارة إليها. وإذا اتخذ قضاء الدرجة الأولى قرارا فى شأن اختصاصه أو رفضه ؛ فإن قضاء الدرجة الثانية حين يطعن أمامه فى ذلك القرار لا يتقيد به ؛ فله أن يذهب فى شأن اختصاص الدرجة الأولى مذهبا مختلفا.[3]

١- نقض جنائى جلسة ٤ مارس ١٩٨١ س٣٢ ق٣٤ ص٢١ .
٢- غير أن القاعدة التى أتت بها المادة ٣٨٢ المشار إليه إنما هى قاعدة تنظيمية لأعمال محكمة الجنايات لم يرتب القانون بطلانا على عدم مراعاتها.
- نقض جنائى جلسة ١٤ أبريل ١٩٨٢ س٣٣ ق٩٩ ص٤٨٥ .
- نقض جنائى جلسة ١١ فبراير ١٩٩٦ س٤٧ ق٣٠ ص٢١٠ .
٣- د. محمود محمود مصطفى: قانون الإجراءات الجنائية ط ١٩٧٦ بند٢٦٢ ص٣٤٧ د. نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات الجنائية المرجع السابق بند٤٠١ ص٣٦٦، وحكم النقض الأخير المبين بالبند السابق.

ومن هنا يتضح لنا أن المحكمة تستطيع التعرض للدفع بالاختصاص من تلقاء نفسها على ما سلف بيانه عند التحدث عن النظام القانونى للدفع باعتبار انه من الدفوع المعتبرة من النظام العام.[1]

١٤٠- هل يسقط الدفع بعدم الاختصاص باعتباره دفعا شكليا بالتكلم فى الموضوع؟

يثور التساؤل حول ما إن كان الدفع بعدم الاختصاص يسقط بالتكلم فى الموضوع باعتباره دفعا شكليا.

أجاب قانون المرافعات على هذا التساؤل فى المادة ١٠٨ منه حينما قرر بها أن الدفع بعدم الاختصاص المحلى، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامه، أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معا، قبل أى طلب أو دفاع فى الدعوى ؛ وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. فبين بذلك حكما خاصا لنوع من الاختصاص، وهو الاختصاص المحلى ؛ ولم يتحدث عن باقى أنواع الاختصاص الأخرى، فساوى بذلك بين هذا النوع من الاختصاص وأنواع أخرى من الدفوع، كالدفع بالإحالة والبطلان المتعلق بالإجراءات، وأسقط الحق فيما لم يبد منها قبل التكلم فى الموضوع، وذلك لحكمة أراد بيانها هى أن هذه الدفوع المبينة بيانا حصريا فى المادة ١٠٨ المشار إليها ، لا تتعلق بالنظام العام وإنما بمصالح الخصوم فى الدعوى ؛ ومن ثم أوجب إبداءها قبل التكلم فى الموضوع، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، أما باقى أنواع الدفوع المتعلقة بالاختصاص الولائى أو النوعى، فلا يسقط الحق فى إبدائها إذا ما تكلم مبدى الدفع فى الموضوع لأنها تتعلق بالنظام العام، ويجوز التمسك بها فى أى مرحلة من مراحل التقاضى بما فى ذلك محكمة النقض ولو لأول مرة فى المرحلة الأخيرة.

١- راجع ما سلف ذكره بالبند ٩١ من هذا البحث.

ولكن هل تنطبق هذه القاعدة فى قانون الإجراءات الجنائية على إطلاقها؟ علما بأنه من القواعد الأساسية فى القانون الأخير أن كل قاض يختص بالنظر فى أمر اختصاصه، أو عدم اختصاصه بنظر الدعوى عملا بقاعدة أن "قاضى الموضوع هو قاضى الدفع".[1]

والغالب أن تقضى المحكمة فى الدفع قبل الفصل فى موضوع الدعوى لان القضاء فى الدفع قد يغنيها عن نظر الموضوع. فإذا هى قضت بقبول الدفع انتهت بذلك الخصومة أمامها، أما إذا رفضت الدفع ؛ تدرجت إلى نظر الموضوع بعد ذلك، وقد ترى المحكمة نظر الدفع مع الموضوع حتى تتبين اختصاصها وتقضى فيه على ما سلف القول.

والرد على التساؤل الأول وهو هل ينطبق هذا على الإجراءات الجنائية من عدمه، مرتبط ببيان صلة الدفع بالاختصاص بالنظام العام فى قانون الإجراءات الجنائية على النحو التالى:

١٤١- اتصال الدفع بعدم الاختصاص الجنائى بالنظام العام:

يرجع اتصال هذا الدفع بالنظام العام إلى ما استقر عليه الفقه والقضاء من أن قواعد الاختصاص الجنائى النوعى أو الشخصى تتصل بالنظام العام.

وقد حرص الشارع على تقرير ذلك بالنسبة "لولاية المحكمة بالحكم فى الدعوى واختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليه" (المادة ٣٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية)، ولم يشر الشارع فى هذا إلى قواعد الاختصاص المحلى، ومن ثم ثار الخلاف بين الفقه بالنسبة لهذا النوع من الاختصاص. فجانب من الفقه[2] يرى أن الدفع بالاختصاص المحلى لا يختلف فى شىء عن

١- راجع ما سلف ذكره بالبند ٦٧ من البحث.

٢- د. عمر السعيد رمضان: الإجراءات الجنائية ط ١٩٨٥ دار النهضة العربية ص٣٧٨ د. نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات الجنائية المرجع السابق ص٣٦٦ وما بعدها.

قواعد أنواع الاختصاص الأخرى، وبالتالى فهو يتعلق بالنظام العام باعتبار أن المشرع راعى فى تحديده اعتبارات تتعلق أيضا بتحقيق العدالة الجنائية، كسهولة التحقيق مثلا فى تحديد مكان وقوع الجريمة وضبط المتهم ؛ كمعيار للاختصاص، وفكرة الردع والأثر الفعال للعقوبة فى نفوس الأفراد عند تحديده لمحل إقامة المتهم كضابط الاختصاص المكانى. بينما يرى الاتجاه الثانى[1] أن قواعد الاختصاص المكانى لا تتعلق بالنظام العام ولذلك لا يترتب على مخالفتها بطلان كالذى يترتب على مخالفة قواعد الاختصاص النوعى أو الشخصى ؛ وحجتهم فى ذلك أن المادة ٣٣٢ من قانون الإجراءات اعتبرت ضمن أحوال البطلان المتعلق بالنظام العام عدم ولاية المحكمة فى الدعوى، وعدم اختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها، ولم تشر إلى عدم الاختصاص المكانى أو المحلى. وقد ورد صراحة فى المذكرة الإيضاحية لهذه المادة ؛ عدم الاختصاص من حيث المكان من بين أحوال البطلان النسبى.

وهذا الرأى رغم قوة منطقه وحججه، إلا أننا نميل إلى الرأى الأول ؛ ذلك أن المشرع وان لم يشر فى نص المادة ٣٣٢ من قانون الإجراءات إلى قواعد الاختصاص المحلى فقد أورد بيانا لحالات البطلان المتعلق بالنظام العام فى هذه المادة على سبيل المثال لا الحصر، ومن ثم ساغ الإضافة إليها ؛ وعلة اتصال قواعد الاختصاص الجنائى جميعا بالنظام العام، أنها قررت من اجل مصلحة المجتمع فى حسن سير العدالة الجنائية أى أنها قررت من اجل تحديد المحكمة الأقدر من سواها على الفصل فى الدعوى الجنائية، ولم تقرر من اجل اعتبارات الملائمة بالنسبة لأحد أطراف الدعوى.

١- أ.د محمود محمود مصطفى: الإجراءات الجنائية المرجع السابق ص٣٢٣، د. مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية، المرجع السابق ص٥٣٦، د.رءوف عبيد: شرح قانون الإجراءات ط ١٩٧٤ مكتبة سيد وهبه ص٥٤١ وما بعدها، ضوابط تسبيب الأحكام المرجع السابق ص٣٧٥ .

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الاتجاه واستقرت على صلة قواعد الاختصاص المحلى بالنظام العام أسوة بسائر قواعد الاختصاص الجنائى.[1]

وتطبيقا لذلك قضت بأنه "لما كانت المادة ٢١٧ من قانون الإجراءات قد نصت على انه يتعين الاختصاص بالمكان الذى وقعت فيه الجريمة، أو الذى يقيم فيه المتهم، أو الذى يقبض عليه فيه. وكانت هذه الأماكن قسائم متساوية فى القانون لا تفاضل بينها، وكانت القواعد المتعلقة بالاختصاص فى المسائل الجنائية كلها من النظام العام التى يجوز التمسك بها فى أية حالة كانت عليها الدعوى، والاختصاص المكانى كذلك بالنظر إلى أن الشارع فى تقديره لها سواء تعلقت بنوع المسالة المطروحة أو بشخص المتهم ، أو بمكان الجريمة، قد أقام تقديره على اعتبارات عامة تتعلق بحسن سير العدالة، بل إن الدفع بعدم الاختصاص المحلى يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، إذا كان مستندا إلى وقائع أثبتها الحكم، ولا تقتضى تحقيقا موضوعيا".

١٤٢- النتائج المترتبة على اتصال قواعد الاختصاص الجنائى بالنظام العام:

أهم هذه النتائج انه لا يجوز لأطراف الدعوى باتفاق صريح أو ضمنى بينهما التعديل من قواعد الاختصاص. ويجوز للنيابة العامة أن تدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى على الرغم من أنها التى طرحت الدعوى عليها ولا يحتج عليها بقبولها هذا الاختصاص، ويجوز لكل من أطراف الدعوى الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى فى أية حالة كانت عليها، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض بشرط أن تكون عناصره مطروحة دون حاجة إلى تحقيق موضوعى من جانب محكمة النقض، ويتعين على المحكمة أن تتحرى اختصاصها قبل أن تتطرق لفحص موضوع الدعوى، فإن تبينت عدم

١- نقض جنائى جلسة ٣٠ مارس ١٩٨٧ س٣٨ ق٨٣ ص٥١٠، جلسة ١٢ نوفمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٦٨ص١١٧١، جلسة ٥ يناير ١٩٩٨ الطعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٦٦ ق لم ينشر بعد.

اختصاصها ؛ فإن لها أن تقضى به من تلقاء نفسها، بل وعلى الرغم من قبول أطراف الدعوى لاختصاصها، ويتعين على محكمة النقض أن تتحرى من تلقاء نفسها اختصاص المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه، وتقضى فى الطعن وفقا لما يتبين لها من ذلك التحرى.[1]

ومن ثم يتضح أن الدفع بعدم الاختصاص لا يسقط بالتكلم فى الموضوع بما فى ذلك الاختصاص المحلى باعتبار أنه هو الآخر متعلق بالنظام العام على ما سلف بيانه.

وتطبيقا لما سلف بيانه من نتائج ناشئة عن اتصال قواعد الاختصاص الجنائى بالنظام العام ؛ قضت محكمة النقض أن " الدفع بالحداثة المثار من الطاعن مما يتصل بالولاية، ومتعلقا بالنظام العام، ويجب على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، ولها أن تقضى هى فيه من تلقاء نفسها بغير طلب وتنقض الحكم لمصلحة المتهم طبقا للحق المقرر لها بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات إجراءات الطعن أمام محكمة النقض، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون عناصر المخالفة ثابتة فى الحكم المطعون فيه بغير حاجة إلى إجراء تحقيق موضوعى"[2]

١٤٣- الدفع بتنازع الاختصاص:

تنازع الاختصاص هو الخلاف بين قضاءين فى شان اختصاصهما بدعوى معينة، وهو نوعان: إيجابى و سلبى. فتنازع الاختصاص الإيجابي يعنى ادعاء قضاءين اختصاصهما بدعوى معينة، وهذا التنازع يتعين حسمه لأنه إذا

١- د. نجيب حسنى الإجراءات الجنائية المرجع السابق ص٣٦٧ بند٤٠٣ .

٢- نقض جنائى جلسة ٣١ مارس ١٩٩٦ س٤٧ ق٥٩ ص٤١٥ سالف الإشارة إليه، جلسة ٥ مايو ١٩٩٩ ط رقم ٢٠٤٣٩ لسنة ٦٦ ق لم ينشر بعد ومشار إليه بمجلة القضاة الفصلية الصادرة عام ٢٠٠٠ السنة ٣١ ق العددان الأول والثانى. نقض جلسة ١٨ نوفمبر ١٩٧٩ س٣٠ ق١٧٢ ص٨٠٥ جلسة ٨ أكتوبر ١٩٩٧ ط رقم ٨٤٢٢ لم ينشر بعد ومشار إليه بمجلة القضاة الفصلية السنة ٣٠ الصادرة ١٩٩٩ .

استمرت إجراءات الدعوى أمام القضاءين، فإن ذلك تبديد للجهد والمال، بالإضافة إلى ما ينطوى عليه من احتمال صدور حكمين متناقضين فى هذه الدعوى، أما تنازع الاختصاص السلبى فيعنى إنكار قضاءين، انحصر فيهما الاختصاص بالدعوى، وهذا التنازع يتعين كذلك حسمه لأنه يعنى وجود دعوى بغير قاض ينظر فيها، وهو ما يدل على "إنكار العدالة" من جانب الدولة.[1] والخلاف بين محكمتين تتبعان القضاء العادى هو تنازع اختصاص عالجته المادتين ٢٢٦، ٢٢٧ من قانون الإجراءات، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان مؤدى نص المادتين ٢٢٦، ٢٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية يجعل طلب تعيين المحكمة المختصة منوطا بالجهة التى يطعن أمامها فى أحكام المحكمتين المتنازعتين أو إحداهما ؛ فان الفصل فى الطلب المقدم من النيابة بشأن هذا التنازع السلبى القائم، إنما ينعقد لمحكمة النقض باعتبارها الجهة التى يطعن أمامها فى أحكام محكمة الجنح المستأنفة عندما يصح الطعن قانونا".[2]

١٤٤- الطبيعة الإجرائية للدفع:

يثور التساؤل عن الطبيعة الإجرائية للدفع بعدم الاختصاص باعتباره دفعا شكليا، وهل هو دفع بمسألة أولية أم دفع فرعى؟.

طبقا للمعيار الذى سبق وأشرنا إليه عند التحدث عن الطبيعة الإجرائية للدفع بصفة عامة، فانه يمكننا القول بان للدفع بعدم الاختصاص "طابع أولى" بمعنى انه يتعين على المحكمة التى تفصل فى الموضوع، أن تفصل فيه قبل

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات الجنائية المرجع السابق ص٣٩٩، أ. على زكى العرابى: الإجراءات المرجع السابق ص٤٢٦، د. توفيق الشاوى: فقه الإجراءات الجنائية، المرجع السابق ص١٤٥ .

٢- نقض جنائى جلسة ٥ يونيو ١٩٩٦ س٤٧ ق١٠٥ ص٧٢٧، نقض جلسة ٢٢ فبراير ١٩٩٥ س٤٦ ق٦٣ ص٤١٧، نقض جلسة ٢١ فبراير ١٩٨٥ س٣٦ ق٥٠ ص٢٩٦، جلسة ١ يونيو ٢٠٠٠ الطعن رقم ١٤٥٨٨ لسنة ٧٠ ق مشار إليه بالمستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض فى المواد الجنائية والصادر من المحكمة ٢٠٠١ .

الدخول فى موضـوع الدعوى، ولكن ذلك ليس التزاما عليها، فقد يكون الفصل فيه مقتضيا البحث فى الموضوع، كما سلف الإشارة إلى ذلك فى موضعه كما لو قدم شخص إلى محكمة الجنح متهما بجنحة سرقة، فدفع بعدم اختصاصها لأن الواقعة جناية سرقة بالإكراه، فإن المحكمة لا تستطيع البت فى هذا الدفع إلا إذا فحصت الموضوع، وتبينت ما إذا كان ثمة إكراه. وفى هذه الحالة عليها أن تقرر ضم الدفع إلى الموضوع وتفصل فيهما معا بحكم واحد ن ولكن يتعين عليها أن ترد على الدفع بعدم الاختصاص ردا صريحا، إذ انه دفع جوهرى، وإلا كان حكمها قاصرا.[1]

١- د. نجيب حسنى الإجراءات المرجع السابق ص٣٦٨ وما بعدها. انظر ما سلف ذكره بالبند رقم٦٧ من البحث.

المطلب الثانى

الدفع بالارتباط (Connexité)

١٤٥- مضمون الدفع بالارتباط وأهميته:

قد يقدر الخصم فى الدعوى الجنائية أن مصلحته تقتضى ضم الدعاوى الناشئة عن الجرائم المرتكبة : كأن يدفع المتهم فى أحوال عدم التجزئة بهذا الدفع حتى لا يقضى عليه إن أدين بغير عقوبة واحدة، كما قد يكون له مصلحة فى ضم الدعاوى فى أحوال الارتباط البسيط أيضا، إذا قدر أن فى الدعوى المرتبطة من الأدلة ما يمكن أن يستند إليه فى نفى التهمة المنسوبة إليه، وعلى العكس من ذلك قد يكون للمتهم مصلحة فى الدفع بانتفاء الارتباط وفصل الدعاوى المنضمة وأغلب ما يكون ذلك فى أحوال الارتباط البسيط فى حالة عدم التجزئة إذا كانت إحدى الجريمتين تشكل ظرفا مشددا للأخرى، وكان يأمل فى البراءة من إحداهما أو كلتيهما. فى مثل هذه الأحوال يكون للمتهم أن يدفع بقيام الارتباط بين الجرائم المنسوبة إليه، ويعد دفعه هذا جوهريا تلتزم المحكمة بان تعرض له وان ترد عليه، وإلا كان حكمها معيبا بالقصور الذى يوجب نقضه.[1] وهذا العيب يقوم على سبب قانونى فى أحوال عدم التجزئة

١- نقض جنائى جلسة ٣٠ ابريل ١٩٨٤ س٣٥ ق١٠٧ ص٤٨٨ .

بالنظر إلى ما توجبه المادة ٣٢ فقرة ٢ من قانون العقوبات من ضرورة الحكم بعقوبة واحدة أو على الإخلال بحقوق الدفاع فى أحوال الارتباط البسيط. وإذا قدر المتهم انتفاء الارتباط الذى يوجب أو يجيز ضم الدعاوى له أن يتمسك ببطلان أمر إحالة الدعاوى بأمر واحد أمام المحكمة وان يعترض على ضم الدعاوى أمام محكمة الموضوع.[١]

وإذا كان للمتهم أو لأى من أطراف الدعوى الجنائية أن يدفع بقيام الارتباط أو بانتفائه ؛ فليس له مع قيام عدم التجزئة وضم الدعاوى أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة بالجريمة المرتبطة التى ما كانت تختص بها وفقا للقواعد العامة طالما أن اختصاصها ثابت بالجريمة الأصلية.[٢]

ذلك أن صلة عدم التجزئة يترتب عليها أثران:

الأول: إجرائى، وهو وجوب ضم الدعاوى الناشئة عن الجرائم المتعددة.

الثانى: موضوعى، وهو وجوب الحكم بعقوبة واحدة هى العقوبة المقررة لأشد هذه الجرائم.

وإذا كان لسلطة الاتهام سلطة تقدير قيام عدم التجزئة والارتباط بين الجرائم، فإن القول الفصل فى ذلك يكون لمحكمة الموضوع. لذلك فإن محكمة الموضوع إن قدرت قيام صلة الارتباط مع عدم القابلية للتجزئة بين الجرائم المطروحة أمامها، وجب عليها ضم الدعاوى الناشئة عنها إذا لم تكن سلطة الاتهام قد قامت بذلك وأحالتها إليها بأمر إحالة واحد. أما إذا قدرت المحكمة انتفاء الصلة المشار إليها فقد وجب عليها - خاصة إذا ما دفع المتهم بقيامها - أن تبين فى حكمها الأسباب التى دعتها إلى تقرير عدم قيامها.[٣]

١- د. عبد العظيم وزير: عدم التجزئة والارتباط بين الجرائم وأثرهما فى الاختصاص القضائى. ط ١٩٨٨ ص ١١٩ وما بعدها.

٢- نقض جنائى جلسة ٥ مارس ١٩٧٢ س٢٣ ص٦٤٦ .

٣- د. عبد العظيم وزير: عدم التجزئة والارتباط بين الجرائم وأثرهما فى الاختصاص القضائى، الموضع السابق ص١١٩ .

١٤٦- أحكام الدفع بالارتباط فى قانون المرافعات:

وإذا كانت فكرة الارتباط وتأثيرها على قواعد الاختصاص تخرج من منطلق واحد سواء فى قانون المرافعات أو فى قانون الإجراءات الجنائية. وهو أن تصبح محكمة ما طبقا لهذه القواعد مختصة بدعوى معينة إذا اتحدت فى خصومة واحدة مع دعوى أخرى مرتبطة بها، مع أنها تكون فى الأصل غير مختصة إلا أن أحكام الارتباط فى قانون المرافعات تختلف عنها فى قانون الإجراءات الجنائية ؛ فالارتباط فى قانون المرافعات هو صلة بين إجراءين أو اكثر من شأنه أن يخضع - كقاعدة عامة - الإجراء المرتبط لذات القاعدة الإجرائية المقررة بالنسبة إلى الإجراء الأصلى، فيمتد إليه اختصاص المحكمة التى تنظر الإجراء الأصلى، أو سلطة القاضى، أو يمتد إليه الطعن، أو البطلان أو التصحيح، وذلك للمحافظة على وحدة الخصومة، بهدف وحدة الحكم الصادر منها منعا من تناقض الأحكام فى المسائل المرتبطة، والإجراء المرتبط بالإجراء الأصلى قد يكون تابعا له أو متفرعا منه أو مندمجا فيه.[١]

ومن تطبيقات الارتباط فى القانون المشار إليه، الطلبات العارضة والتدخل واختصام الغير والدفع بالإحالة للارتباط وتقدير قيمة الطلبات المندمجة فى الطلب الأصلى. ويترتب على الارتباط فى قانون المرافعات تأثير بالنسبة لقواعد الاختصاص المختلفة التى ينظمها هذا القانون (القيمى - النوعى - المحلى) بحيث يؤثر الارتباط فى قواعد الاختصاص القيمى، إذا اشتملت القضية على طلبين من نفس الشخص مستندين إلى سبب قانونى واحد، فتقدر قيمتها بقيمة الطلبين معا، إذا لم يكن جمعهما معا لاختصاص المحكمة الابتدائية بإحداهما والجزئية بثانيهما، فتختص المحكمة الابتدائية بهما معا ؛ باعتبار أن من يملك الأكثر يملك الأقل. وبحيث يؤثر الارتباط فى الاختصاص النوعى، وتختص فيه المحكمة الابتدائية باعتبارها المحكمة ذات الاختصاص العام بالطلبات المرتبطة،

١- د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات المرجع السابق ص٢٦٤ وما بعدها.

ولو كان أحدها يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية، ولو رفع على استقلال. على أن المحكمة العادية - ابتدائية أو جزئية - لا تختص بالطلب المرتبط، ولو رفع إليها فى صورة طلب عارض إذا كان هذا الطلب يدخل فى ولاية محكمة استثنائية، والعكس صحيح بحيث لا تختص المحكمة الاستثنائية بطلب يخرج عن حدود ولايتها، وبحيث يؤدى الارتباط بين دعويين فى الاختصاص المحلى إلى إمكان نظرهما من محكمة واحدة، ولو كانت غير مختصة محليا بإحداهما.[1]

١٤٧- أحكام الدفع بالارتباط فى قانون الإجراءات:

تختلف أحكام الارتباط فى قانون الإجراءات الجنائية من حيث تأثيرها فى امتداد الاختصاص بحسب نوع الارتباط ؛ وما إن كان غير قابل للتجزئة أم ارتباط بسيط فإذا وقعت من المتهم قبل المحاكمة جرائم متعددة فهذا التعدد قد يكون معنويا أو ماديا.

والتعدد المعنوى، لا يثير أية صعوبة فيما يتعلق بالاختصاص، لأن الفرض فيه أنه قد صدر من الجانى فعل أو سلوك إجرامى واحد، لكنه يكون جرائم متعددة، أو بعبارة أدق يخضع لأكثر من وصف قانونى واحد. ويجب عندئذ اعتبار الجريمة التى عقوبتها اشد والحكم بعقوبتها (مادة ١/٣٢ ع) ومن ثم تختص بالدعوى محكمة الوصف الأشد دون غيرها.[2]

على أنه إذا تساوت العقوبتان للفعل الواحد، فى حالة التعدد المعنوى ؛ لا توقع سوى عقوبة واحدة منها. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان

١- د. فتحى والى: الوسيط فى القانون المدنى المرجع السابق ص٣١٢ وما بعدها.

٢- مرجع الدكتور رءوف عبيد: الإجراءات، سالف الإشارة إليه، ص٥٤٢ وما بعدها، د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق ص٣٨٢، د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص٥٣٧، د. عبدالعظيم وزير: عدم التجزئة والارتباط المرجع السابق ص١٤، د. فتحى سرور: الوسيط فى قانون الإجراءات المرجع السابق ص٦٨٣ وما بعدها.

الحكم المطعون فيه قد عاقب الطاعن بعقوبة مستقلة عن كل من جريمتى القذف والبلاغ الكاذب، اللتين دانه بهما، على الرغم مما تفصح عنه صورة الواقعة كما أوردها من أن الجريمتين وقعتا بفعل واحد ؛ فكونت منه الوحدة الإجرامية التى عناها الشارع بالحكم الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون العقوبات فانه يتعين تصحيح الحكم، والحكم بعقوبة القذف وان تساوت مع عقوبة البلاغ الكاذب لما هو مقرر من أن المادة ٣٢ بادية الذكر فى فقرتيها ؛ وإن نصت على توقيع عقوبة الجريمة الأشد، إلا أنها دلت بطريق اللزوم على أنه إذا تساوت العقوبتان فى حالتى التعدد المعنوى والارتباط بين الجرائم، الذى لا يقبل التجزئة، لا توقع سوى عقوبة واحدة منها".[1]

أما التعدد المادى: فهو الذى يثير بعض الصعوبة فيما يتعلق بالاختصاص وقد يؤدى إلى اتباع قواعد خاصة، تسمح بامتداد ولاية المحكمة إلى دعاوى أخرى ما كان لها أن تفصل فيها طبقا للقواعد العامة، أو توجب هذا الامتداد.

وهو نوعان: تعدد مع الارتباط البسيط وتعدد مع الارتباط الذى لا يقبل التجزئة، ولكل منهما حكمه الخاص على النحو الآتى:

أولا: الارتباط البسيط:

أحوال الارتباط البسيط لا تقع تحت حصر، ومن صوره المألوفة:

١- أن تقع عدة جرائم من نفس الجانى فى وقت واحد، أو فى أوقات متقاربة.

٢- أن تقع عدة جرائم من عدة أشخاص مجتمعين فى وقت واحد، أو فى أوقات متقاربة.

٣- أن تقع عدة جرائم من عدة أشخاص تجمعهم صلات مشتركة، ولو ارتكبت فى أمكنة وأزمنة مختلفة.

١- نقض جنائى جلسة ٤ مايو ١٩٨٦ س٣٧ ق١١٩ ص٦٢٢ .

٤- أن تقع عدة جرائم يكون محلها أشياء متحصلة من جناية أو جنحة أو بسبب الحصول عليها كجرائم متبادلة بين أفراد عصابة من اللصوص، بسبب اقتسام المال المسروق أو النقود المزيفة، أو أرباح الأفعال الإجرامية.

ثانيا: عدم التجزئة:

مقتضى التعدد المادى مع الارتباط الذى لا يقبل التجزئة، هو أن تقع عدة جرائم لغرض واحد، وتكون مرتبطة بعضها ببعض ؛ بحيث لا تقبل التجزئة، ومن صور هذا التعدد أن يقع تزوير لإخفاء اختلاس، أو أن يقع نصب عن طريق التزوير، أو استعمال سند بعد تزويره أو إتلاف بقصد الإساءة وسرقة، أو قتل شخص وإخفاء جثته، أو هتك عرض وقتل، أو قتل اثنين، أو الاعتداء على اكثر من واحد بأية صورة من الصور ؛ مادام الاعتداء قد وقع تحت سيطرة فكر جنائى واحد، أو ثورة نفسية واحدة.[١]

١٤٨- أثر الدفع بالارتباط و عدم التجزئة على امتداد الاختصاص:

١- يترتب على الدفع بالارتباط فيما لو صح امتداد الاختصاص ويعنى ذلك أن القاضى ينظر فى جريمة ليست من اختصاصه وفقا للقواعد العامة. وعلى ذلك فلا يعد امتدادا للاختصاص نظر القاضى فى جريمة من اختصاصه ولكنها مركبة العناصر كالجريمة المستمرة أو الوقتية متتابعة الأفعال ولو كان جزء من حالة الاستمرار أو كانت الأفعال التى تقوم بها الجريمة المتتابعة قد ارتكبت خارج نطاق اختصاصه. وتطبيقا لذات القاعدة فإنه إذا نظر القاضى فى جريمة يختص بها، وكانت مقترنة بظرف مشدد تقوم بالفعل المكون له جريمة فى ذاته، وقد ارتكب هذا الفعل خارج نطاق اختصاصه فإن نظره فى هذه الجريمة مقترنة بظروفها، لا يعد امتدادا لاختصاصه.[٢]

١- د. رءوف عبيد: الإجراءات المرجع السابق ص٥٤٢ وما بعدها.
٢- د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق ص٣٨٢ .

وقد وضع الشارع مبدأ امتداد الاختصاص فى المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات الجنائية فى فقرتها الرابعة التى نصت على انه "إذا شمل التحقيق اكثر من جريمة واحدة من اختصاص محاكم من درجة واحدة، وكانت مرتبطة تحال جميعها بأمر إحالة واحد إلى المحكمة المختصة مكانا بإحداها فإذا كانت الجرائم من اختصاص محاكم من درجات مختلفة تحال إلى المحكمة الأعلى درجة، وفى أحوال الارتباط التى يجب فيها رفع الدعوى عن جميع الجرائم أمام محكمة واحدة، إذا كانت بعض الجرائم من اختصاص المحاكم العادية وبعضها من اختصاص محاكم خاصة يكون رفع الدعوى بجميع الجرائم أمام المحاكم العادية ما لم ينص القانون على غير ذلك" وقد كان رائد المشرع فى تقرير هذا النص جمع الدعاوى المرتبطة لعرضها على قضاء واحد فى خصومة واحدة رغبة فى تلافى صدور أحكام متناقضة، أو يصعب التوفيق بينها. وتمكين القاضى من النظر فى جرائم بينها صلة بحيث يفسر بعضها بعضا مما يكون له اثر فى حسن التقدير، واقتصادا للنفقات وتوفيرا للإجراءات فيجىء الحكم على هذا النحو أدنى ما يكون إلى التطبيق القانونى السليم والعدالة، وإذا أحيلت الدعاوى الناشئة عن الجرائم المرتبطة إلى المحكمة بأمر إحالة واحد أو جرى الضم بمعرفة قضاء الموضوع، فإن هذا القضاء يبقى مختصا بنظر هذه الدعاوى حتى لو زال الارتباط أثناء طرح الدعوى أمامه. أن زوال الارتباط قد يمتنع معه إعمال المادة ٣٢ فقرة ٢ من قانون العقوبات، ولكن امتناع هذا الأثر الموضوعى المترتب على الارتباط لا يحول دون إعمال الأثر الإجرائى، وهو اختصاص المحكمة بدعوى ما كانت تختص بها وفقا للقواعد المتقدمة، واستمرار هذا الأثر بعد زوال سببه طالما أن الدعوى قد دخلت حوزتها وعلى ذلك إذا ما قضت المحكمة فى الدعوى الداخلة أصلا فى اختصاصها بالبراءة ؛ فإنها تلتزم بنظر الجرائم المرتبطة، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض "أن الحكم بالبراءة فى إحدى الجرائم المرتبطة لا يسلب المحكمة حقها فى نظر باقى الجرائم المرتبطة، وإنزال العقاب المقرر لها

متى توافرت أركانها وثبوتها قبل المتهم".[1]

٢- إذا ثبت صلة عدم التجزئة بين الجرائم كان امتداد الاختصاص حتميا سواء بالنسبة لسلطة الاتهام أو بالنسبة للقضاء الذى تطرح عليه الجرائم غير المتجزئة. [2] فتخطئ سلطة الاتهام إذا فصلت بين الجرائم وقدمت كل جريمة إلى القاضى المختص بها طبقا للقواعد العامة، وتخطئ المحكمة إذ اقتصرت على نظر الجريمة التى تختص بها، وقضت بعدم اختصاصها بالجريمة التى ارتبطت بالأولى بصلة عدم التجزئة.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "مادامت الجريمتان مرتبطتين إحداهما بالأخرى الارتباط الذى لا يقبل التجزئة ؛ فإنه يكون من المتعين متى كان كل من القضيتين لم يفصل فيه نهائيا ؛ العمل على أن تفصل فيهما محكمة واحدة هى التى تملك الحكم فى الجريمة التى عقوبتها أشد" [3] كما قضت أيضا بأنه "من المقرر أن القانون - بما نص عليه فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات الجنائية - قد أوجب نظر الجرائم المرتبطة أمام محكمة واحدة بإحالتها جميعا بأمر إحالة واحد إلى المحكمة المختصة مكانا بإحداهما، أو بضم الدعاوى المتعددة لنظرها أمام محكمة واحدة، إذا كانت النيابة العامة قد رفعت الدعوى الجنائية ولم يفصل فيها، وكان المقصود بالجرائم المرتبطة هى تلك التى تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها فى المادة ٣٢ من قانون العقوبات بأن "يكون الفعل الواحد جرائم متعددة، أو تقع عدة جرائم لغرض واحد، وتكون مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة.

١- نقض جنائى جلسة ١٥ فبراير١٩٩٥ س٤٦ ق٥٨ ص٣٨٧، جلسة ٢٦ نوفمبر١٩٨٠ س٣١ ق٢٠١ ص١٠٤٠، جلسة ١٥ ابريل١٩٨٢ س٣٣ ق١٠٠ ص٤٩٠ .

٢- د. رءوف عبيد: الإجراءات المرجع السابق ص٥٤٥ وما بعدها.

٣- د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق ص٣٨٦ أ. على زكى العرابى: الإجراءات المرجع السابق ص٤١٨، نقض جنائى جلسة ٢٧ ديسمبر ١٩٩٩ الطعن رقم ١٧١٤٣ لسنة ٦٤ ق. مشار إليه بالمستحدث من المبادئ الجنائية الصادر من المكتب الفنى محكمة النقض ٢٠٠١ .

ويجب على المحكمة اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم".[1] ويعد هذا الدفع من النظام العام، باعتبار أنه متعلق بالدفوع التى يترتب عليها إن صحت امتداد الاختصاص لمحكمة معينة، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان ضمن المقرر أن إصدار شخص عدة شيكات دون رصيد فى وقت واحد وعن دين واحد، وإن تعددت تواريخ استحقاقها يكون نشاطا إجراميا واحدا لا يتجزأ، وهو ما يتحقق به الارتباط الذى لا يقبل التجزئة بين هذه الجرائم، ويتعين معه إعمال نص المادة ٣٢ من قانون العقوبات وتوقيع عقوبة واحدة عن تلك الوقائع". لما كان ذلك وكان دفع الطاعن بالارتباط - على النحو السالف البيان - وطلبه إحالة الدعوى لنظر الجرائم المرتبطة أمام محكمة واحدة توطئة لتوقيع عقوبة واحدة عن تلك الوقائع، يعد دفاعا جوهريا ومتعلقا بالنظام العام مما كان لازمه أن تعرض له المحكمة فى مدونات حكمها، فتقسطه حقه إيرادا له وردا عليه. أما وهى لم تفعل فإن حكمها يكون معيبا بالقصور.[2]

٣- على أنه إذا كان امتداد الاختصاص حتميا بالنسبة للجرائم المرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة ؛ فإنه ليس له هذه الصفة فى حالات الارتباط البسيط، وإنما يمثل "رخصة" مخولة لسلطات الاتهام، أو القضاء، تستعملها حين تقدر أن اعتبارات الملاءمة تقتضى ذلك. فإذا قدرت سلطة الاتهام وجود الارتباط بين الجرائم وملاءمة عرضها على قاض واحد، أحالتها إليه جميعا ولا إلزام عليها فى ذلك، فقولها بالارتباط تقديرى لها، وإذا ثبت الارتباط فلها أن تقدر ملاءمة عرض الجرائم المرتبطة على قاض واحد، أو ملاءمة إحالة كل جريمة إلى القاضى الذى يختص بها، تطبيقا للقواعد العامة. وإذا قدرت سلطة الاتهام ملاءمة إحالة الجرائم التى قدرت ارتباطها فيما بينها إلى محكمة واحدة، فالمحكمة غير ملزمة بهذا الرأى الذى ذهبت إليه سلطة الاتهام، فلها أن تقرر

١- طعن رقم ٧٧٠٦ لسنة ٦٢ قضائية، جلسة ١٨ فبراير ١٩٩٨ منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة الثلاثون، العدد الأول والثانى ص٦٨٦ .
٢- الطعن رقم ٧٧٠٦ سنة ٦٢ ق سالف الإشارة إليه بالبند السابق من الهامش.

عدم وجود الارتباط ؛ بل إن لها على الرغم من تقديرها وجود الارتباط أن تقرر عدم ملاءمة اجتماع الجرائم المرتبطة أمامها ؛ فتحتجز الجريمة التى تختص بها، وتقضى بعدم اختصاصها بالجرائم الأخرى . وقد نصت المادة ٣٨٣ من قانون الإجراءات الجنائية على أن "لمحكمة الجنايات إذا أحيلت إليها جنحة مرتبطة بجناية ورأت قبل تحقيقها ألا وجه لهذا الارتباط أن تفصل الجنحة وتحيلها إلى المحكمة الجزئية." والقاعدة التى يقررها هذا النص ليست خاصة بمحكمة الجنايات وإنما هى قاعدة عامة تسرى على كل قضاء.[1] وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض قد استقرت على أن "القاعدة التى أتت بها المادة ٣٨٣ المشار إليها إنما هى قاعدة تنظيمية لأعمال محكمة الجنايات، لم يرتب القانون بطلانا على عدم مراعاتها".[2]

١٤٩- المحكمة المختصة فى حالة صحة الدفع بالارتباط وامتداد الاختصاص:

طبقا لما نصت عليه المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات الجنائية، فقد حدد الشارع قواعد ثلاث لاختصاص المحكمة فى حالات امتداد الاختصاص تعرضنا لها جميعاً فيما تقدم ,ولكن نظراً لأهمية القاعدة الأخيرة فسوف نتعرض لها فيما يلى :

إذا كان بعض الجرائم من اختصاص محكمة عادية وبعضها من اختصاص محكمة استثنائية، وكان امتداد الاختصاص وجوبيا؛ فإنها تحال

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق ص٣٨٨، د. عبد العظيم وزير: عدم التجزئة والارتباط المرجع السابق ص١٢٥ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٤ أبريل ١٩٨٢ س٣٣ ق٩٩ ص٤٨٥ سالف الإشارة إليه. ويراعى ما سلف ذكره عند الحديث عن الدفع بالاختصاص بالبند رقم ١٣٩ من أن التكييف الذى تنسبه النيابة إلى الواقعة قد يكون له قوة تحديد القضاء المختص ؛ فمحكمة الجنايات تختص بالجنحة التى أحيلت إليها بوصف الجناية، إذا لم تكتشف حقيقة تكييفها ؛ الا بعد تحقيقها. نقض جلسة ١١ فبراير ١٩٩٦ س٤٧ ق٣٠ ص, ٢١٠ سالف الإشارة إليه.

جميعا إلى المحكمة العادية ما لم ينص القانون على غير ذلك ؛ وتطبيقا لذلك وتفسيرا له قضت محكمة النقض "لما كانت جريمة إحراز خنجر بغير ترخيص، المسندة إلى الطاعن المنصوص عليها فى القانون ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الأسلحة والذخائر بعد تعديله بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٨٢ معاقبا عليها بعقوبة الجنحة، وتشترك فى الاختصاص بنظرها مع القضاء العام صاحب الولاية العامة محاكم أمن الدولة الجزئية طوارئ، عملا بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ المعدل، فى حين أن جريمة الشروع فى السرقة بإكراه، المسندة إلى الطاعن كذلك معاقب عليها بعقوبة الجناية، وهى ليست من الجرائم التى تختص محاكم أمن الدولة العليا طوارئ بنظرها ؛ فان الاختصاص ينعقد للمحكمة التى تتبع القضاء العادى، لان قواعد التفسير الصحيح للقانون تستوجب بحكم اللزوم العقلى أن تتبع الجريمة ذات العقوبة الأخف الجريمة ذات العقوبة الأشد، المرتبطة بها فى التحقيق والإحالة والمحاكمة، وتدور فى فلكها بموجب الأثر القانونى للارتباط، وتطبيقا للمادة ٢١٤ من قانون الإجراءات".[1] غير أن محكمة النقض نحت منحى آخر مغايرا لما سارت عليه فى الحكم السابق حينما عرض عليها طعن يتضمن جريمة يختص بها القضاء العادى، ولكنها ذات وصف أخف وجريمة أخرى تختص بها محاكم أمن الدولة العليا وذات وصف اشد، فقضت باختصاص القضاء العادى باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل ذو الولاية العامة حتى ولو كانت الجريمة ذات الوصف الأشد من اختصاص محاكم أمن الدولة العليا طبقا للقانون، فقالت فى هذا الشأن: "لما كانت النيابة العامة قد رفعت الدعوى الجنائية قبل المطعون ضده عن جرائم إحداث عاهة مستديمة وإحراز سلاح نارى غير مششخن وذخيرته بغير ترخيص وطلبت عقابه بالمادة ١/٢٤٠ من

١- نقض جنائى جلسة ١٨ نوفمبر ١٩٨٧ س٣٨ ق١٨١ ص٩٩٨ .

قانون العقوبات ومواد القانون رقم ٣٩٤ سنة ١٩٥٤ المعدل. ومحكمة جنايات الفيوم قضت بحكمها المطعون فيه بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وبإحالتها إلى النيابة العامة لاتخاذ شئونها فيها. وعولت فى قضائها على أن عقوبة إحراز السلاح النارى بغير ترخيص اشد من عقوبة العاهة المستديمة ومن ثم ينعقد الاختصاص بنظر الدعوى لمحكمة أمن الدولة المشكلة وفقا لقانون الطوارئ عملا بنص الأمر الجمهورى رقم (١) لسنة ١٩٨١ دون القضاء العادى، باعتبار أن تلك المحكمة هى المختصة بالجريمة ذات العقوبة الأشد. لما كان ذلك، وكان قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٦٠ لسنة ١٩٨١ بإعلان حالة الطوارئ، و أمر رئيس الجمهورية (١) سنة ١٩٨١ بإحالة بعض الجرائم إلى محاكم أمن الدولة المشكلة وفق قانون الطوارئ، ومنها الجرائم المنصوص عليها فى القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الأسلحة والذخائر والقوانين المعدلة له، قد خلا كلاهما وكما خلا أى تشريع آخر من النص على إفراد محاكم أمن الدولة المشكلة وفق قانون الطوارئ وحدها - دون ما سواها - بجرائم القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ آنف البيان، وكان قضاء هذه المحكمة - محكمة النقض - قد استقر على أن محاكم أمن الدولة محاكم استثنائية اختصاصها محصور فى الفصل فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه ولو كانت فى الأصل مؤثمة بالقوانين المعمول بها، وكذلك الجرائم المعاقب عليها بالقانون العام، وتحال إليها من رئيس الجمهورية أو ممن يقوم مقامه، وأن المشرع لم يسلب المحاكم صاحبة الولاية العامة شيئا البتة من اختصاصها الأصيل الذى أطلقته الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الصادر به القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل، ليشمل الفصل فى الجرائم كافة - إلا ما استثنى بنص خاص - وبالتالى يشمل هذا الاختصاص الفصل فى الجرائم المنصوص عليها فى القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ المعدل، ولا يحول بين هذه المحاكم وبين اختصاصها بالفصل فى الجرائم المنصوص عليها فى القانون سالف الذكر

مانـع من القانون، ويكون الاختصـاص فى شأنها مشتركا بين المحاكم العادية ومحـاكم أمن الدولة المشكلة وفق قـانون الطوارئ، لا يمنع نظر أيهمـا من نظر الأخرى، إلا أن تحـول دون ذلك قـوة الأمـر المقضـى، ولا يغير من الأصل العام ما نصت عليه المادة الثانية من أمر رئيس الجمهورية رقم (١) لسنة ١٩٨١ من أنه: "إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة أو وقعت عدة جرائم مرتبطة بعضها ببعض لغرض واحد، وكانت إحدى تلك الجرائم داخلة فى اختصـاص محـاكم أمن الدولة، فعلى النيابة تقديم الدعوى برمـتها إلى مـحاكم أمن الدولة "طوارئ" وتطبق هذه المحـاكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات، ذلك انه لو كان المشـرع قد أراد إفـراد مـحـاكم أمن الدولة بالفـصل وحـدها دون سـواها فـى أى نوع من الجرائم لعمد إلى الإفصـاح عنه صراحة على غرار نهجه فى الأحـوال المماثلة. لما كان ذلك وكانت النيابة العامة قد رفعت الدعوى الجنائية على المطعون ضده أمام المحكمـة العادية صـاحبـة الولاية العامـة، وكانت الأوراق قد خلت مما يدل على أنها رفعت أمام محكمة أمن الدولة وقضى فيها بحكم بات ؛ فإنه ما كان يجوز لمحكمـة الجنايات أن تتـخلى عن ولايتها الأصيلة تلك وأن تقـضى بعدم اختصـاصـها بحجة أن محكمـة أمن الدولة "طوارئ" هى المختصـة بالفصل فى الدعـوى، ويكون قـضـاؤها المطعون فـيـه مـشـوبا بمخـالفـة التـأويل الصـحـيح للقانون. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيـه، وإن صـدر - مـخطئـا - بعدم الاختـصـاص ولم يفصل فـى موضـوع الدعـوى إلا أنه يعد فى الواقـع - وفـقـا لقواعد التفسير الصـحـيح للقانون - مـانعا من السير فيها مـادام يترتب عليه حرمان المتهم من حق المثول أمام قاضيه الطبيعى الذى كفله له الدستور بنصه فى الفقرة الأولى من مـادته الثامنة والستين على أن "لكل مواطن حق الالتجـاء إلى قـاضـيه الطبـيعى" ومـا يوفـره له هذا الحق من ضـمـانـات لا يوفـرها قـضـاء خاص أو استثنائى، ومادامت محاكم أمن الدولة المشكلة وفق قانون الطوارىء ليست فـرعـا من القـضـاء العـادى صـاحب الولاية العـامـة الذى يتـعين تغليب اختصاصه على غيره من جهات القضاء، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه وقد تخلى علـى غيـر سند من لقـانون - عن نظر الدعوى بعد أن أصـبـحت بين يديه

وانهى بذلك الخصومة أمامه دون أن ينحسر سلطانه عنها، يكون قابلا "للطعن فيه بالنقض".[1]

وباستقراء هذا الحكم نجد أن المحكمة لم تخرج عن الإطار الذى حددته المادة ٢١٤ فقرة (١) من أنه "إذا كان الاختصاص فى الجرام المرتبطة منعقدا للمحاكم العادية والمحاكم الاستثنائية، تحال جميعها إلى المحاكم العادية، طالما لم يصدر فيها حكم حائز لقوة الأمر المقضى."

١٥٠- النتائج المترتبة على الدفع بالارتباط:

١- يترتب على تمسك الخصم فى الدعوى الجنائية بالدفع بالارتباط التزام المحكمة بالرد عليه باعتبار أنه كما سلف القول دفع جوهرى.[2] وهذا الدفع يتعين إبداؤه أمام محكمة الموضوع، وتجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض طالما أن عناصره الواقعية مطروحة ما لم يقتضى ذلك إجراء تحقيق موضوعى وعندئذ يصبح دفاعا جديدا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض. وهذا الدفع وان كان له شقان : شق موضوعى، وهو تطبيق عقوبة الجريمة الأشد طبقا للمادة ٣٢/١ وشق إجرائى، سلف الإشارة إليه فى المادة ٢١٤ إجراءات إلا أن ذلك لا ينفى عنه ذاتيته من حيث أنه دفع شكلى لا ينفذ إلى موضوع الدعوى وإنما يتعلق بصحة اتصال المحكمة بالدعوى فى حالة امتداد الاختصاص للمحكمة بجريمة لا تختص بها أصلا طبقا للمادة ٢١٤ إجراءات سالفة الذكر. ويتعلق بالنظام العام كما سلف القول.

٢- وإذا لم تقم سلطة الاتهام بضم الدعاوى الناشئة عن الجرائم المرتبطة فيما بينهما ارتباطا غير قابل للتجزئة أو لم تستجب محكمة الموضوع لدفع المتهم بقيام الارتباط، فإن المتهم يكون له مصلحة للطعن على الحكم للخطأ فى تطبيق القانون إذا تعلق الأمر بعدم التجزئة أو للإخلال بحق الدفاع إذا تعلق

١- نقض جنائى جلسة ٧ أكتوبر ١٩٩٩ ط رقم ٢١١١٤ سنة ٦٧ ق . لم ينشر بعد.
٢- نقض جنائى جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٨٤ س٣٥ ق١٩٩ ص٩٠١ .

الأمـر بالارتبـاط البـسـيط. وإذا رأت مـحكمـة الطعن]الاسـتـئناف [أن هاتين التـهمتين مرتبطين ارتباطا غير قابل للتجزئة وجب عليها إعمال المادة ٢/٣٢ عقوبات، وذلك بان تأمر بضم الدعويين، وتصدر فيهما حكما واحد بعقوبة واحدة ؛ وإلا تكون أخطأت فى تطبيق القانون.[1]

٣- يترتب على الدفع بالارتباط، فيما لو صح، وتوافرت شروطه أن تقادم المخالفات يخضع لمدد تقادم الدعاوى فى الجنح فى حالة ما إذا كان الارتباط بين مخالفة وجنحة حسبما سار عليه المشرع الفرنسى فى القانون الذى صدر فى ٢٠ مارس لسنة ١٩٥١ وسار القضاء الفرنسى على ذلك غير أن المشرع الفرنسى لم يورد نصا مماثلا فى الفرض الذى ترتبط فيه جنحة بجناية بحيث يثور التساؤل عما إذا كان هذا الإغفال لا يعوق امتداد حكم المادة ٧٦٥ إلى هذا الغرض عن طريق القياس. أم أن المشرع قد تعهد ذلك تخفيفا من قسوة هذا الحكم إذا تعلق الأمر بجناية نظرا لطول مدة تقادمها. ويلاحظ أن القضاء المصرى لم يتصد للمسألة من هذه الزاوية مباشرة، بل أنه اعتبر أن البحث فى تقادم المخالفة بمضى المدة لا جدوى منه، مادام هناك مجال لتطبيق المادة ٢/٣٢ من قانون العقوبات بما مقتضاه أن توقع عقوبة واحدة هى عقوبة الجنحة. وهذا القضاء خاص بتقادم الدعوى.[2] وظاهر أن هذا الأثر المترتب على عدم التجزئة والارتباط ليس فى صالح المتهم الأمر الذى يدفعه بداءة إلى الاعتراض على ضم الدعاوى، أو الدفع بانتفاء الارتباط.

٤- غير أنه إذا كانت أحكام التقادم وانقطاعه ليست فى صالح المتهم، أو المحكوم عليه فى جميع الأحوال ؛ فإن الأثر الذى يترتب على الارتباط وعدم التجزئة متعلقا بطرق الطعن، قد يكون فى غير صالحه أحيانا، وقد يكون فى

١- نقض جنائى جلسة ١٥ يونيو ١٩٨١ س٣٢ ق١٢٠ ص٦٧٩ .

٢- نقض جنائى جلسة ٢١ فبراير ١٩٥٦ مجموعة النقض الخمسية جزء ٣ ص١٦٨ مشار إليه بكتاب الدكتور عبد العظيم وزير: عدم التجزئة والارتباط المرجع السابق ص١٣٤ .

صالحه أحيانا أخرى. فهو فى غير صالحه إذا ترتب عليه امتناع سبيل للطعن، لم يكن يمتنع لولا الارتباط أو عدم التجزئة. فالجنح والمخالفات المرتبطة بجناية لا تكون قابلة للاستئناف إذا ما صدر الحكم فيها بناء على الارتباط أو عدم التجزئة من محكمة الجنايات.[1] ويكون الأمر فى صالح المتهم إذا ترتب على الحكم فى الدعاوى المرتبطة أن انفتح طريق للطعن كان موصدا، كما هو الشان فى فرنسا بالنسبة لجواز استئناف الحكم الصادر فى مخالفة مرتبطة بجنحة. وإذا كان استئناف المخالفات فى مصر مقصورا على حالات معينة (م ٤٠٢/٢ إجراءات جنائية) فان ارتباطها بالجنح يفتح أمامها سبيل الطعن بالاستئناف، وعلى ذلك نصت المادة ٤٠٢ صراحة حين قررت أنه "يجوز استئناف الحكم الصادر فى الجرائم المرتبطة بعضها ببعض ارتباطا لا يقبل التجزئة فى حكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات، ولو لم يكن الاستئناف جائزا للمستأنف، إلا بالنسبة لبعض هذه الجرائم فقط." كما يجوز الطعن بالنقض فى المخالفات المرتبطة ارتباطا غير قابل للتجزئة بجنحة، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "النعى على عدم جواز الطعن بطريق النقض فى أحكام المخالفات مرده الطعن الموجه إلى المخالفة وحدها. فإذا كان الطعن منصبا على الحكم فى الجنحة والمخالفة معا وكانت الجريمتان المنسوبتان إلى المطعون ضده ؛ وإن تميزت الواقعة فى كل منهما عن الأخرى، فإن حسن سير العدالة يقتضى نقض الحكم كله، والإحالة بالنسبة للتهمتين موضوع الدعوى".[2] كما أن نقض الحكم بالنسبة إلى أحد المتهمين يوجب نقضه بالنسبة للباقين، ولو لم يطعنوا فى الحكم الصادر ضدهم، ذلك إن صلة عدم التجزئة لا تسمح بالفصل فى مواجهة طرف إلا مع الفصل أيضا إزاء الطرف الآخر.[3]

١- د. عبد العظيم وزير: عدم التجزئة والارتباط المرجع السابق ص١٣٤ وما بعدها.

٢- نقض جنائى جلسة ٩ فبراير ١٩٨٤ س٣٥ ق٢٥ ص١٢٧ .

٣- نقض فرنسى ١٩٣٠/١١/٢٠ بلتان ٢٧١، ١٩٥٨/١١/٢٧ دالوز ١٩٥٩ ص٣١ مشار إليه بمرجع الدكتور عبد العظيم وزير، سالف الإشارة إليه.

٥- خلت أراء الفقه من بيان ما إذا كان الدفع بالارتباط يتعلق بالنظام العام من عدمه. ولكننا نرى أنه يتعلق بالنظام العام، باعتبار أنه يترتب عليه فيما لو صح امتداد الاختصاص. وإذ كانت قواعد الاختصاص الجنائى عادة تتعلق بالنظام العام، على ما سلف بيانه فى حينه ؛[1] فإن الدفع بالارتباط يتعلق هو الآخر بالنظام العام بما يرتبه ذلك من آثار من جواز التمسك به أمام كافة سلطات التحقيق ودرجات التقاضى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، شريطة أن تكون عناصره مطروحة أمامها، ولا يقتضى منها تحقيقا موضوعيا.

١٥١- الطبيعة الإجرائية للدفع بالارتباط:

وإذا انتهينا إلى أن الدفع بالارتباط يترتب عليه فيما لو صح امتداد الاختصاص على النحو السالف بيانه ؛ فإنه بحسب النهج الذى اتبعناه فى البحث عن الطبيعة الإجرائية للدفوع ؛ فإنه يعتبر من الدفوع الأولية بحسبان أن ذات المحكمة هى المكلفة بالفصل فى هذا الدفع، قبل الفصل فى الموضوع، ودون أن يتوقف الفصل فيه على مسألة بعينها، أمام جهة قضاء أخرى.

١- راجع فى ذلك حكم النقض المبين بالبند ١٤٨ والذى يؤيد وجهة نظرنا فى أن هذا الدفع يتعلق بالنظام العام، نقض جنائى جلسة ١٨ فبراير ١٩٩٨ طعن رقم ٧٧٠٦ لسنة ٦٢ ق سالف الإشارة إليه بهامش البند السابق.

المطلب الثالث

الدفع بمخالفة تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية

١٥٢- تمهيد وتقسيم:

هو من الدفوع المتعلقة باختصاص المحكمة الجنائية، وهو ذو طابع استثنائى ويتعلق بولاية المحكمة، إذ الأصل أن يختص بالدعوى المدنية القضاء المدنى، وقد جعل المشرع اختصاص القضاء الجنائى به استثناء، ولذلك فقد حصره فى نطاق محدود، وأهم شرط يرسم حدود هذا النطاق هو أن تكون ثمة دعوى جنائية مقبولة وقائمة أمام المحكمة الجنائية التى ترفع الدعوى المدنية أمامها، وناشئة عن ذات الفعل الإجرامى الذى نشأت عنه الدعوى المدنية.

فالأصل العام أن القضاء الجنائى لا يختص بالدعوى المدنية استقلالا وإنما يختص بها إذا كانت تابعة للدعوى الجنائية، ودائرة فى فلكها بحيث يسعه أن يقضى فيهما معا بحكم واحد لا تناقض بين أجزائه. والنتيجة الحتمية لذلك أنه إذا كانت الدعوى الجنائية غير مقبولة تعين على المحكمة الجنائية فى ذات الوقت الذى تقضى فيه بعدم قبول هذه الدعوى أن تقضى بعدم اختصاصها بالدعوى المدنية.

وقد جرى خلط شائع فى الفقه والقضاء بين اختصاص القضاء الجنائى بنظر الدعوى المدنية ؛ وبين قبولها لديه.

وننبه إلى عدم جواز هذا الخلط، فالاختصاص يتعلق بولاية المحكمة بالفصل فى الدعوى، أما قبول الدعوى فهو يتوقف على الشروط التى تطلبها المشرع لكى يمكن للمحكمة المختصة أن تفصل فى الموضوع، ولما كان مرمانا من دراسة الدفع بالتبعية هو الوصول إلى بيان أثره على اختصاص القاضى الجنائى بنظر الدعوى المدنية، بحسبان أن هذا المبحث فى تقسيم الدراسة متعلق بالدفوع ذات الأثر على اختصاص المحكمة، وصحة اتصالها بالدعوى

المرفوعة أمامها سواء الجنائية أو المدنية، فإننا سوف نقتصر على بيان أحكام الدفع باختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية، ثم نوجز بيان أحكام الدفع بقبول الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية، وذلك تجنبا للخلط المشار إليه، والذى قد يحدث فى العمل حينما يعرض أحد الدفعين على المحكمة، فنبين شروط الدفع الأول والتى تنحصر فى الشروط التى يتطلبها القانون فى سبب الدعوى المدنية وموضوعها.

وشروط الدفع الثانى الخاص بقبول الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية والمتمثلة فى أن تكون قد توافرت فى الخصوم وفى الإجراءات التى بوشرت فى الدعوى ما يتطلبه المشرع من شروط.

وتجدر الإشارة إلى أن ولاية المحاكم الجنائية بنظر الدعوى المدنية مقصورة على المحاكم الجنائية العادية، أما المحاكم الاستثنائية فلا تختص بنظر الدعوى المدنية، اللهم إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة.(١)

وعلى ذلك يمكن القول أن الدفع بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية يمكن رده إلى سببين:

الأول: عدم اختصاص القضاء الجنائى بنظر الدعوى المدنية لكون الدعوى الجنائية ذاتها غير مقبولة.

الثانى: عدم جواز الادعاء المدنى أمام المحاكم الاستثنائية، وسوف نتعرض فيما يلى لكل دفع من الدفعين المشار إليهما على حده (الدفع باختصاص القضاء الجنائى بنظر الدعوى الجنائية، الدفع بقبول الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية) فنبين شروط كل منهما والنتائج المترتبة عليه، والدفوع التى تلحق به ويمكن أن تثار فى الأحوال التى تنشا عن مخالفة شروط الدفع أو النتائج والقيود المترتبة عليه فى فرعين على النحو التالى:

١- د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص٦٤٠ ما بعدها، د. نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات الجنائية المرجع السابق ص٢٩٨ وما بعدها، د. رءوف عبيد: الإجراءات المرجع السابق ص١٦٧ وما بعدها، د. احمد فتحى سرور: الإجراءات المرجع السابق ص٢٢٩ وما بعدها.

الفرع الأول
الدفع باختصاص القضاء الجنائى بنظر الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية للدعوى الجنائية

١٥٣- تمهيد:

قدمنا أن هذا الدفع من الدفوع التى تتعلق باتصال المحكمة الجنائية واختصاصها - استثناء - بنظر الدعوى المدنية، والدعوى المدنية التى ترفع بالتبعية للدعوى الجنائية، يشترط فيها عدة شروط أوجزها المشرع فى المادة ٢٥١ إجراءات جنائية بقوله "لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعيا بحقوق مدنية أمام المحكمة المنظور أمامها الدعوى الجنائية" وعلى ذلك يمكن القول بان الدعوى المدنية التبعية هى التى يرفعها من ناله ضرر مباشر من الجريمة طالبا تعويضه عن هذا الضرر، تبعا للدعوى الجنائية المرفوعة عن هذه الجريمة، فإذا نشأ الضرر عن فعل لا يعتبر جريمة فان الدعوى تكون دعوى تعويض عاديه، والفرق بين الأمرين أن الدعوى المدنية التبعية يجوز رفعها سواء أمام القضاء المدنى، أو أمام القضاء الجنائى تبعا للدعوة الجنائية. أما دعوى التعويض العادية فلا يجوز رفعها إلا أمام المحاكم المدنية، ويتوقف اختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية على أن يكون الضرر ناشئا مباشرة عن الجريمة، وأن تكون الدعوى الجنائية قد دخلت حوزة هذه المحكمة، فإذا نشأ الضرر عن فعل أخر غير الجريمة مهما كانت علاقته بها، أو كان ناشئا عن جريمة لم ترفع عنها الدعوى الجنائية أمام ذات المحكمة، فإن المطالبة بالتعويض تكون بدعوى مدنية عادية أمام المحاكم المدنية، لا بدعوى مدنية أمام

المحاكم الجنائية ؛ بالإضافة إلى ذلك يتعين لاختصاص المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية أن يكون موضوعها هو المطالبة بتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة، ولا يكون الغرض منها طلب أخر، مثل إصلاح الضرر الناشئ عن الجريمة بغير طريق التعويض.[1]

١٥٤- أثر انتفاء شرط من شروط الدفع باختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية:

إن الشروط السالف ذكرها للدفع لابد من توافرها مجتمعة لكى ينعقد اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية المرفوعة تبعا للدعوى الجنائية. ويترتب على ذلك أن تخلف أى شرط من هذه الشروط ينفى ولاية المحكمة بنظر الدعوى المدنية ويتعين على المحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها، ويستوى أن تكون المحكمة قد استظهرت شرط من هذه الشروط فى بدء اتصالها بموضوع الدعوى أم بعد تحقيقها. كما يستوى أيضا أن يكون تخلف الشرط قد ظهر فى أول درجة أو أمام المحكمة الاستئنافية أو أمام محكمة النقض بناء على دفع من الدفوع ؛ إذ أن اختصاص القضاء الجنائى بالدعوى المدنية هو اختصاص استثنائى، ويتعلق بالنظام العام، ومن ثم فان الدفع بعدم اختصاص القضاء الجنائى، أو مخالفة قاعدة التبعية يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض.[2] ويترتب على ذلك أنه إذا دفع بانتفاء شرط من شروط هذا الدفع وثبت صحته فإن المحكمة تقضى بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية على النحو التالى:

١- لا اختصاص للمحكمة الجنائية بنظر دعوى التعويض عن وقائع لم ترفع بها الدعوى الجنائية. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا ما كان

١- د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص٦٥١ .

٢- د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص٦٥٢ نقض جلسة ٢١ نوفمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٧٥ ص١٢١٤ .

الضرر الذى لحق بالمدعى المدنى، والذى جعله أساسا للقضاء بالتعويض لم ينشا عن جريمة النصب التى دين الطاعن بها، وإنما نشأ عن التعرض لها فى ملكيته وهو فعل وإن اتصل بالواقعة الجنائية المكونة لجريمة النصب ؛ إلا أنه غير محمول عليها، مما لا يجوز الادعاء أمام المحكمة الجنائية لانتفاء علة التبعية التى تربط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية، وإذ لم يقض الحكم المطعون فيه بعدم اختصاصه بنظر الدعوى المدنية فإنه فى هذا النطاق وحده يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.[1]

٢- يحق للمتهم أن يدفع بعدم اختصاص القضاء الجنائى بنظر الدعوى المدنية المرفوعة عليه أمام المحكمة الجنائية لعدم رفع الدعوى الجنائية على المتهم الأصلى بارتكابها، فإن تبينت المحكمة صحة الدفع قضت بعدم اختصاصها برفع الدعوى المدنية. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "المحكمة الجنائية لا اختصاص لها بالحكم بالتعويض عن وقائع لم يثبت وقوعها من المتهم الذى تحاكمه، مهما يكن قد صح عندها أنها وقعت من غيره ما دام هذا الغير لم تقم عليه الدعوى بالطريق القانوني"[2]

كما قضت المحكمة بأنه "لما كان الفعل وقد انحسر عنه التأثيم ؛ فإن لازم ذلك أن تكون المحكمة الجنائية غير مختصة بالفصل فى الدعوى المدنية، وهو ما تقضى به هذه المحكمة".[3]

٣- إذا تخلف شرط الضرر، فللمتهم أن يدفع أيضا بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية، ومن نافلة القول أن محكمة النقض قد اعتبرت أن الضرر المادى لا يقتصر على المساس بمصلحة مالية للمضرور ؛

١- نقض جنائي جلسة ١٦ مايو ١٩٦٧ س١٨ ص١٣٠، جلسة ١١ يناير ١٩٩٠ س٤١ ق١٦ ص١١٨، جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٣ طعن رقم ١٤٩٩ لسنة ٥٩ ق. جلسة ٢١ نوفمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٧٥ ص١٢١٤ .

٢- نقض جنائي جلسة ١٣ يناير ١٩٩٢ ط٢١٦٧ لسنة٦٠ ق،غير منشور،٤ أبريل ١٩٦٧ س١٨ ق٩٣ ص٨٦٦ .

٣- نقض جنائي جلسة ١٧ يناير ١٩٩٠ س٤١ ق٢٠ ص١٤٦ .

وإنما يتحقق بمجرد الإصابة ؛ ولو لم ينشأ عنها إلا إيذاء الإنسان فى عواطفه، أو شرفه وهو لا يتوافر لمجرد الإخلال بحقوقه التى كفلها القانون والدستور، وجرم التعدى عليها، والتى كانت تعتبر من قبيل الأضرار الأدبية، ويترتب على ذلك إمكان انتقال الحق فى التعويض عن هذا النوع من الضرر- وهو أحد صور الضرر الأدبى بالمعنى الذى كان متعارفا عليه - إلى الورثة، وبنفس الضوابط التى قررتها المادة ٢٢٢ من القانون المدنى، من حيث قصر الحق فى ذلك للأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية، وهو ما أكدته المحكمة فى حكمها المشار إليه.[1] وعلى ذلك يمكن لورثة المجنى عليه الدفع بهذا النوع من التعويض ؛ إذا كان المدعى بالحق المدنى قد طلبه قبل وفاته، وتلتزم المحكمة بإجابتهم إليه فى ضوء ما سلف ذكره من ضوابط.

٤- إذا دفع المسئول بالحقوق المدنية بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية لانتفاء رابطة السببية بين الفعل المرفوعة به الدعوى الجنائية، والتعويض المقضى به عليه ؛ نتيجة ضرر أصاب المدعى بالحق المدنى عن فعل المسئول عن الحق المدنى بدلا من المتهم ؛ فإن المحكمة تقضى بعدم الاختصاص لصحة الدفع، إذ أن من آثار انتفاء رابطة السببية بين الجريمة والضرر الذى لحق بالمدعى المدنى أنه ليس للمحاكم الجنائية أن تخلط بين خطأ المتهم الذى أقيمت عليه الدعوى الجنائية، وخطأ المسئول مدنيا عنه، فتلزم هذا الأخير بالتعويض عن خطئه هو بدلا من خطأ المتهم المقامة عليه الدعوى الجنائية.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه " إذا لم يكن الضرر الذى لحق بالمدعى المدنى ناشئا عن الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية، كانت المحكمة الجنائية غير مختصة، وإذ كان المدعى المدنى قد بنى طلب التعويض قبل المسئول عن الحقوق المدنية، لا عن الضرر الناشئ عن الجريمة التى رفعت بها الدعوى الجنائية ضد لمتهم : لإصداره شيكا بدون رصيد، وإنما عن

١- حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض فى المواد المدنية والتجارية فى ٢٢ أبريل ١٩٩٤ فى الطعن رقم ٣٥١٧ لسنة ٦٢ ق.

الضرر الذى لحق المدعى نتيجة تظهير المسئول عن الحقوق المدنية للشيك موضوع الدعوى، وهو فعل وان اتصل بواقعة الدعوى الجنائية المكونة للجريمة، إلا أنه غير محمول عليها، مما لا يجوز الادعاء به أمام المحاكم الجنائية لانتفاء التبعية التى تربط الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية، ومن ثم يتعين نقض الحكم الذى قضى باختصاصه بالدعوى المدنية، وتصحيحه بالقضاء بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بنظرها".[1]

٥- إذا دفع المتهم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى المدنية ؛ لأن موضوعها يختلف عن التعويض الناشئ عن الجريمة، قضت المحكمة بقبول الدفع، وعدم الاختصاص، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لا اختصاص للمحكمة الجنائية برد حيازة العين المتنازع عليها، وذلك عند نظرها فى جريمة انتهاك حرمة ملك لغير ؛ نظرا لأن اختصاصها قاصر على التعويضات الناشئة عن ارتكاب الجريمة".[2]

١٥٥- الدفوع التى تمثل قيودا على حق الادعاء المدنى أمام القضاء الجنائى:

قدر المشرع فى قانون الإجراءات، أن المحكمة الجنائية حينما تختص بالدعوى المدنية : الناشئة عن الجريمة، يجب أن يكون ذلك فى الحدود التى تتفق وطبيعة الاستثناء، ومن أجل ذلك فقد أورد قيودا على حق المدعى المدنى فى الالتجاء إلى المحكمة الجنائية، يمكن الدفع بها عند المخالفة.

١- يتعلق الدفع الأول بطبيعة المحكمة التى تختص بنظر الدعوى الجنائية، والتى ترفع الدعوى المدنية تبعا لها، ومن ذلك أنه لا يجوز الادعاء أمام المحاكم الاستثنائية على ما سلف القول ؛ كمحاكم أمن الدولة والمحاكم العسكرية

١- نقض جنائى جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٣ س٤٤ ق٥٦ ص٤٠٨ .
٢- نقض جنائى جلسة ٨ يونيو ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج٣ ق٦٢٤ ص٥٨٨ .

ومحكمة الأحداث، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الحكم الصادر من محكمة الأحداث قد قضى فى الدعوى المدنية المقامة من الطاعن باعتباره تاركا لها، وهو ما يستوى مع القضاء بعدم الاختصاص ؛ إعمالا لأحكام القانون الذى يمنع الادعاء المدنى أمام محكمة الأحداث. فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون."[1]

٢- أما الدفع الثانى: فهو يتعلق بحق المدعى المدنى فى اختيار القضاء الجنائى، إذ أن حريته فى هذا الشأن ليست مطلقة. فإذا ما سلك طريق الادعاء المدنى أمام المحكمة المدنية عن ذات موضوع الدعوى المدنية سقط حقه فى ولوج ذات الطريق أمام المحكمة الجنائية ؛ غير أن هذا الدفع وإن كان أحد الدفوع الناشئة عن اختصاص القضاء الجنائى بالدعوى المدنية إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام ؛ وإنما يتعلق بصالح الخصوم فى الدعوى المدنية.[2]

والواقع أن هذا الدفع فى حقيقته يتعلق باتصال المحكمة الجنائية بالدعوى المدنية، أى يتعلق بقبول الدعوى أمامها، إلا أن اتصال الدعوى المدنية بالمحكمة يختلف فى جوهره وطبيعته عن الدعوى الجنائية، فشروط قبول الدعوى الجنائية بالنسبة للادعاء المدنى تتعلق بالنظام العام، على ما سلف القول، أما الدعوى المدنية فهى تتعلق بمصلحة الخصوم، اللهم إلا الدفع بسبق الفصل فى الدعوى، فهو ليس من الدفوع المتعلقة بمصالح الخصوم، وإنما من تلك المتعلقة بالنظام العام (المادة ١١٦مرافعات) .

وتأسيسا على ذلك استقر القضاء على أن "الدفع بسقوط حق الالتجاء إلى الطريق الجنائى لا يجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ؛ وإنما يتعين طلبه من الخصوم، وطالما أن له هذه الصفة ؛ فيجب إبداؤه قبل الدخول فى موضوع الدعوى، وإلا سقط الحق فى التمسك به"[3]

١- نقض جنائى جلسة ١ مارس ١٩٩٤ س٤٥ ق٤٩ ص٣٣٨ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٨ نوفمبر ١٩٩٧ طعن رقم ٢٠٢٨٣ لسنة ٥٩ منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة ٣٠ ص٧١٠ .
٣- نقض جنائى جلسة ٢٩ يونيو ١٩٥٨ س١٠ ص١٥، جلسة ٣٠ ديسمبر ١٩٦٨ س١٩ ص١١١٠ .

غير أنه إذا ابدى فتلتزم المحكمة بالرد عليه قبولا أو رفضا باعتباره من الدفوع الجوهرية التى يجب على المحكمة أن تعرض لها وترد عليها.[1]

٣- أما الدفع الثالث: فيتمثل فى أنه إذا كانت الدعوى الجنائية قد سقطت لسبب من أسباب السقوط التى تعتريها قبل رفعها ؛ فلا يجوز الادعاء المدنى أمام المحكمة الجنائية، فسقوط الدعوى أثناء مرحلة التحقيق الابتدائى الذى تجريه سلطات التحقيق بالوفاة أو بالتقادم أو بالتنازل عن الشكوى أو الطلب يترتب عليه انقضاء الدعوى الجنائية، ولا يكون للمحاكم الجنائية ولاية الفصل فى الدعوى المدنية : إذ تنقضى هذه الولاية تبعا للدعوى الجنائية التى سقطت، وعلى ذلك إذا دفع المدعى عليه بسقوط حق المدعى المدنى فى رفع الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائى لسقوط الدعوى الجنائية قبل رفعها أمام هذه المحكمة ؛ قضت المحكمة بعدم الاختصاص.[2] .

وفى موضع أخر قضت محكمة النقض بأنه "إذا أمرت سلطة التحقيق بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية لانقضائها بسقوط حق المدعى فى الشكوى بمضى المدة، فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى الجنائية قبل الطاعن وإدانته، يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه، وإذا كانت الدعوى المدنية التى ترفع للمحاكم الجنائية هى دعوى تابعة للدعوى الجنائية، والقضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية بالنسبة لواقعة ما يوجب القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها، ومن ثم تعين نقض الحكم، والقضاء بعدم قبول الدعويين الجنائية والمدنية قبل الطاعن".[3]

وفى هذا الحكم نجد أن محكمة النقض قد قضت بعدم قبول الدعوى المدنية، ولكن حقيقة الأمر هو حكم بعدم الاختصاص بنظر الدعوى المدنية وان اختلط

١- د. إدوار غالى الذهبى حق المدعى فى اختيار الطريق المدنى أو الجنائى ط١٩٨٤ ص٢٠٩ وما بعدها حتى ص٢١٩

٢- نقض جنائى جلسة ٥ يونيو ١٩٨٦ س٣٧ ق١٢٤ ص٦٥٢ .

٣- نقض جنائى جلسة ٩ يوليو ١٩٩٢ س٤٣ ق٩٢ ص٦١٥

المنطوق بالقضاء بعدم القبول، باعتبار أن الفعل بعد سقوط الحق فى إقامته عن طريق الشكوى أصبح غير معاقب عليه ؛ وتأييدا لذلك قضت المحكمة بأنه "لما كان الفعل محل الدعوى الجنائية ومناط التعويض فى الدعوى المدنية المرفوعة تبعا لها غير معاقب عليه، فإنه كان يتعين على المحكمة أيضا أن تقضى بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية.[1]

على أنه تجدر الإشارة بأنه إذا كانت أسباب الانقضاء قد عرضت للدعوى الجنائية بعد رفعها إلى المحكمة واتصالها بها، وكانت الدعوى المدنية قد رفعت صحيحة تبعا لها، فإن هذا الانقضاء لا يؤثر على سير الدعوى المدنية استثناء من قاعدة التبعية، طالما أن سبب الانقضاء لم يتحقق إلا أثناء سير الدعويين أمام المحكمة الجنائية، فلا تنقضى الدعوى المدنية استثناء من قاعدة التبعية فى هذه الحالة إلا بالأسباب الخاصة بها، ويستمر القاضى الجنائى فى نظرها، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة لا اثر له فى سير الدعوى المدنية المرفوعة معها والتى تنقضى بمضى المدة المقررة فى القانون المدنى".[2] كما قضت أيضا بأنه "لما كانت المادة ٢٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية تنص فى فقرتها الثانية على أنه (إذا انقضت الدعوى الجنائية بعد رفعها لسبب من الأسباب الخاصة بها فلا تأثير لذلك فى سير الدعوى المدنية المرفوعة معها) ومفاد ذلك أنه إذا انقضت الدعوى الجنائية لسبب من الأسباب الخاصة بها كموت المتهم أو العفو عنه، فلا يكون لذلك تأثير فى الدعوى المدنية وتستمر المحكمة الجنائية فى نظرها إذا كانت مرفوعة إليها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فقد جانبه التطبيق الصحيح للقانون".[3]

١- نقض جنائى جلسة ٢٨ مارس ١٩٩١ س٤٢ ق٧٩ ص٥٣٩ .
٢- نقض جنائى جلسة ٤ ديسمبر ١٩٨٦ س٣٧ ق١٩١ ص١٠٠٢، جلسة ٤ يناير ٢٠٠٠ الطعن رقم ١٨٣٤٧ السنة ٦١ ق مشار إليه بالمستحدث من مبادئ محكمة النقض الصادر ٢٠٠١ والخاص بالمبادئ الجنائية.
٣- نقض جنائى جلسة ٩ يناير ١٩٩٦ س٤٧ ص. ق٤ ص٤٠ .

على أن القول بما تقدم لا يعنى أن الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحكمة الجنائية تخضع لقواعد قانون المرافعات، وإنما تطبق في شأنها قواعد قانون الإجراءات الجنائية المنطبق على الدعوى الجنائية، وقد ندست على ذلك صراحة المادة ٢٦٦ من قانون الإجراءات الجنائية، ولا يرجع لقانون المرافعات إلا لسد النقص على ما سلف البيان فى موضعه من هذا البحث. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة بان "نصوص قانون الإجراءات الجنائية هى الواجبة التطبيق على الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية للدعوى الجنائية، ولا يرجع لقانون المرافعات إلا لسد النقص، ومن ثم فانه لا يصح للمحاكم الجنائية أن تحكم بانقطاع سير الخصومة فى الدعوى المدنية لتغير ممثل المدعى بالحق المدنى الذى كان قاصرا وبلغ سن الرشد أثناء سير الدعوى".[1]

١- نقض جنائى جلسة ٧ يناير ١٩٩٧ طعن رقم ٢٢٦٤٠ لسنة ٥٩ ق لم ينشر بعد.

الفرع الثانى
الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية
أمام القضاء الجنائى والدفوع التى يمكن أن تثار بشأنه

١٥٦- تمهيد:

قدمنا أن الدفع بعدم اختصاص القضاء الجنائى بنظر الدعوى المدنية يختلف عن الدفع بعدم القبول ؛ فبينما الأول يتعلق بولاية المحكمة الجنائية بنظر الدعوى المدنية، وتبعا لذلك يتعلق بالنظام العام، باعتباره ماسا بقواعد اختصاص القضاء الجنائى،فإن الدفع الثانى يتعلق بشروط الدعوى المدنية ذاتها المرفوعة أمام القضاء الجنائى من حيث الخصوم وإجراءات الدعوى المدنية ذاتها، وهو لا يتعلق بالنظام العام، وإنما بصالح الخصوم بما يرتبه ذلك من آثار من حيث عدم جواز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ما لم يكن قد أثير أمام محكمة الموضوع، وبضرورة تمسك الخصم به حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه، وهو أيضا من الدفوع الجوهرية التى يترتب على التمسك به من صاحب المصلحة فيه التزام المحكمة بالرد عليه، وفى حالة تخلف أى شرط من شروطه أو الإجراءات المتعلقة بالدعوى تقضى المحكمة بعدم قبول الدعوى المدنية، وليس عدم اختصاصها بنظرها أو رفضها.[1]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بانه "لما كان الثابت بمدونات الشيك أن تظهير الشيك إلى البنك المدعى بالحقوق المدنية كان تظهيرا توكيليا لتحصيل

١- د. رءوف عبيد. الإجراءات المرجع السابق ص١٨٧، د. مأمون سلامة. الإجراءات المرجع السابق ص٢٦٣

قيمته، فإنه لا صفة له فى رفع الدعوى الجنائية أو المدنية على المتهم ؛ ومن ثم فإن الدفع المبدى منه فى هذا الخصوص يعد دفعا بعدم قبول الدعويين الجنائية والمدنية لرفعها من غير ذى صفة، وإذا قضى الحكم بغير ذلك فانه يتعين إلغاء الحكم والقضاء بعدم قبول الدعويين الجنائية والمدنية.[1]

١٥٧- أحكام الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائى:

والخلاصة أن المدعى يلزم أن تتوافر له صفة المضرور من الجريمة وهذه لن تتأتى إلا إذا كان قد أصابه ضرر منها، ولا تثبت صفة المدعى للمضرور إلا إذا توافرت فى حقه أهلية التقاضى، وهى لا تثبت إلا للشخص البالغ الرشيد، أما معدوم الأهلية أو ناقصها، فلا تثبت له أهلية التقاضى، وإنما تثبت لوليه أو وصيه أو القيم عليه، على ما جاء بالمادة ٢٥٢ من قانون الإجراءات الجنائية. على أن مخالفة هذا الأمر لا يترتب عليها بطلان، إذا لم يتمسك المدعى عليه بها فى حينه ؛ باعتبار أن ذلك لا يتعلق بالنظام العام، ويسقط حق المتهم إذا رضى بهذا الإجراء من البداية، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا ادعى المجنى عليه بحق مدنى، وكان قاصرا، ولم يدفع المدعى عليه بعدم أهليته لرفع الدعوى بل ترافع فى الموضوع، وصدر الحكم عليه فذلك - لما فيه من قبول التقاضى مع القاصر - يسقط حقه فى التمسك بالدفع أمام محكمة النقض. هذا فضلا عن أن ذا الأهلية إذا رضى بالتقاضى مع ناقص الأهلية، لا يجوز له أن يتمسك بعدم أهلية خصمه [2] .

فضلا عما تقدم، فانه يشترط فيمن تقام عليه الدعوى المدنية سواء كان متهما أو مسئولا عن الحقوق المدنية، أن يكون أهلا لمباشرة التقاضى طبقا للمادة ٢٥٣ من قانون الإجراءات، فإذا كان المتهم حدثا أو المسئول بالحق

١- نقض جنائى جلسة ٢١ نوفمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٧٥ ص١٢١٤ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٠ س٤١ ق١٨٥ ص١٠٢٩ .

المدنى، فلا يجوز الادعاء المدنى قبله على ما سلف بيانه فى الدفع بعدم اختصاص القاضى الجنائى بالدعوى المدنية.

والادعاء المدنى أمام القاضى الجنائى، يجوز أمام سلطات التحقيق والمحكمة، غير أن مصيره مرتبط بالدعوى الجنائية على ما سلف البيان، وكذلك يخضع فى الإجراءات لما ورد بقانون الإجراءات على ما سلف البيان أيضا، ويجوز ترك الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائى طبقا للمادة ٢٦٠ إجراءات، وإذا لم يحضر المدعى بالحق المدنى الدعوى أمام المحكمة يعتبر تاركا لدعواه المدنية طبقا للمادة ٢٦١ إجراءات.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض أن "تخلف المدعى بالحق المدنى عن الحضور بشخصه أو بوكيل عنه دون عذر مقبول ؛ يعتبر تاركا للدعوى المدنية، غير أن الدفع على هذا النحو لا يجوز إبداؤه أمام محكمة النقض، ما لم يكن قد ابدى أمام محكمة الموضوع باعتباره من المسائل التى تستلزم تحقيقا موضوعيا".[1]

١٥٨- الطبيعة الإجرائية للدفعين بعدم اختصاص القضاء الجنائى بنظر الدعوى المدنية وعدم قبولها:

فى النهاية تجدر الإشارة إلى أن كلا الدفعين بعدم اختصاص القضاء الجنائى بنظر الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية للدعوى الجنائية، أو بعدم قبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائى، هما من الدفوع الأولية التى يتعين على المحكمة أن تفصل فيهما قبل الفصل فى موضوع الدعوى، وذلك طبقا للمعيار الذى اتبعناه فيما قبل، فى التفرقة بين الطبيعة الإجرائية للدفوع، وما إذا كانت أولية أم فرعية.

١- نقض جنائى جلسة ٢٢ فبراير ١٩٩٠ س٤١ ق٧١ ص٤٣٤ .

المطلب الرابع
الدفوع المتعلقة بالمسائل غير الجنائية

١٥٩- التعريف بالدفوع المتعلقة بالمسائل غير الجنائية:

المسائل غير الجنائية هى المسائل العارضة التى تثور أثناء نظر الدعوى الجنائية[١]، وهى تعد من الشروط المفترضة فى الجريمة كما سلف القول. ويختص القاضى بحسمها كى يستطيع بعد ذلك الفصل فى الدعوى، وقد وضعت هذا المبدأ المادة ٢٢١ من قانون الإجراءات الجنائية فى قولها "تختص المحكمة الجنائية بالفصل فى جميع المسائل التى يتوقف عليها الحكم فى الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، ومن ثم يعد الدفع المتعلق بها من الدفوع التى يترتب عليها امتداد اختصاص المحكمة الجنائية إلى الفصل فى مسائل قد لا تختص بها بحسب الأصل ؛ وإنما تكون من اختصاص قضاء آخر، وهى على هذا النحو ذات طابع أولى حتى أن البعض يطلق عليها المسائل الأولية [٢] وترجع علة هذه القاعدة لمبدأ أن "قاضى الدعوى هو قاضى الدفع". وهذا المبدأ يمثل أحد الأصول الهامة فى القانون الإجرائى كما سلف القول فى موضعه من هذا البحث، فإذا ثبت اختصاص

١- أنظر فى ذلك البند رقم ٦٧ من البحث. Garraud,11,no 618 .p.461.

٢- د. نجيب حسنى: الإجراءات. المرجع السابق بند ٤٣٢ ص٣٩١ .

القاضى بالدعوى، استتبع ذلك أن يكون مختصا كذلك بجميع الدفوع التى تثور أثناء نظرها. ومنها الدفوع المتعلقة بالمسائل الأولية والتى يغلب عليها أن تكون مدنية وتعرف بالشروط المفترضة فى الجريمة ويترتب عليها فيما لو صحت تقويض بنيانها القانونى، وقد رأينا عرضها مع الدفوع الشكلية، لما لها من أثر إجرائى فى امتداد اختصاص القضاء الجنائى بنظرها طبقا للنص على خلاف الأصل، وليس فى ذلك إضرار بالمصلحة العامة التى تقتضى أن يفصل فى المسألة الأولية القاضى المؤهل لذلك حتى ولو كانت غير جنائية كما سلف القول باعتبار أنها تتطلب البحث فى توافر أحد أركان الجريمة ولا شك أن القاضى الجنائى هو صاحب الاختصاص فى ذلك.

١٦٠- خصائص الدفع المتعلق بالمسائل غير الجنائية:

من خصائص هذه القاعدة أنها إلزامية، فالقاضى الجنائى يلتزم بالفصل فى جميع المسائل غير الجنائية التى تثور أثناء نظر الدعوى الجنائية، إذ لا يجوز له أن يتخلى باختياره عن اختصاص قرره القانون له. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بخطأ الحكم الذى يقرر بإيقاف النظر فى الدعوى ريثما تفصل محكمة أخرى فى المسألة الأولية (الغير جنائية).[١]

وللمسألة الغير جنائية صفة عارضة، فهى ليست موضوع مناقشة أصلية أمام المحكمة الجنائية، وإنما تثور عرضا لاستطاعة الفصل فى موضوع الدعوى الجنائية. ونتيجة لذلك فإن فصل المحكمة الجنائية فيها لا يحوز حجية لدى القضاء المختص بها أصلا فيما عدا النطاق الذى حددته المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية التى قررت للحكم الجنائى - بشروط معينة - حجية لدى القضاء المدنى، على ما سيرد بيانه تفصيلا عند تناول هذا الفرض فى الحكم الصادر فى الدفع، وإثارة المسألة الأولية يتخذ صورة الدفع، أى صورة

١- نقض جنائى جلسة ٥ أكتوبر ١٩٦٦ س١٧ ق١٩٠ ص١٥١٩، جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٦٦ س١٧ ص١١٤٩ .

استعمال المتهم "وسيلة دفاع" ومن ثم تخضع للقواعد الخاصة بالدفوع على ما سبق توضيحه فى موضعه من هذا البحث.

١٦١- طبيعة المسألة غير الجنائية وهل تخضع فى إثباتها لقواعد الإثبات المدنية ؟

جدير بالذكر أن المسألة غير الجنائية يغلب أن تكون مدينة، ومن المعلوم أن قواعد الإثبات المدينة تختلف اختلافا أساسيا عن قواعد الإثبات الجنائية: فالأولى قانونية والثانية اقناعية،فهل يخضع إثبات المسالة الأولية لقواعد الإثبات المدينة بالنظر إلى طبيعتها الذاتية ؟ أجابت على ذلك المادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية فى قولها "تتبع المحاكم الجنائية فى المسائل غير الجنائية التى تفصل فيها تبعا للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة فى القانون الخاص بتلك المسائل". ويقرر هذا النص تطبيقا لمبدأ ارتباط قواعد الإثبات بطبيعة الموضوع الذى ترد عليه، لا بنوع القضاء الذى يطبقها.[١] وينبنى على ذلك أنه إذا ثار النزاع حول وجود عقد الأمانة فى اتهام بجريمة خيانة الأمانة، فلا يقبل إثبات هذا العقد إلا الدليل الكتابى أو ما يعادله – إذا جاوزت قيمة العقد مائة جنيه – [٢] وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لا يوجد ما يمنع المدعى بالحقوق المدنية من توجيه اليمين الحاسمة للنزاع بشأن وجود عقد الأمانة لدى نظر الدعوى الجنائية، لان الدفع الذى يوجهه المتهم بإنكار هذا العقد يثير مسألة مدنية بحتة تطبق عليها قواعد الإثبات المدينة، وهى تجيز لكل من الخصوم أن يكلف الآخر باليمين الحاسمة للنزاع، فيجوز للمدعى الذى يعوزه الدليل الكتابى على وجود عقد الوديعة أن يوجه اليمين الحاسمة للمودع لديه، ولا محل البتة لحرمانه من الإثبات بهذه الطريقة أمام المحكمة، إذ لا يصح تسوئ مركزه لمجرد سلوكه الطريق الجنائى بدل الطريق

١- Garraud 11 no 619 p.463 - Merle et vitu op.cit 11 no 1384.

٢- مادة ٦٠ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية المعدلة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

المدنى".[1] وإذا ثار النزاع فى اتهام بجريمة اغتصاب عقار - حول ملكية هذا العقار - فلا يقبل إثبات هذه الملكية إلا بعقد ناقل للملكية، بإشهاره وفقا للقانون.[2]

١٦٢- أمثلة المسائل المدنية ومسائل المرافعات المدنية التى تختص بها المحكمة الجنائية بالتبعية:

ومثل المسائل المدينة المختلفة والتى تختص بها المحكمة الجنائية بالتبعية للدعوى الأصيلة: ملكية العقار المبيع فى جرائم النصب بالتصرف فى ملك الغير، وتوافر حق التصرف فى هذا العقار، ومسألة وضع اليد فى جرائم منع الحيازة بالقوة، ودخول منزل بقصد ارتكاب جريمة، وملكية المنقول فى السرقة والنصب وخيانة الأمانة، ونوع حيازة الحائز فى السرقة وخيانة الأمانة لمعرفة هل هى مؤقتة أم دائمة أم يد عارضة، وتكييف أى عقد وتأويله وللقاضى الجنائى أيضا تقدير سن المتهم، والشاكى عندما يتطلب القانون الشكوى من المجنى عليه فى جرائم العرض. ومثال مسائل المرافعات المدنية: القول بقيام الحجز أو بعدم قيامه والتزامات الحارس فى جرائم الاعتداء على الحجوز والمحكمة الجنائية ترجع إلى قواعد المرافعات للفصل فى أمور كثيرة نتيجة إحالة صريحة أو بغير إحالة من نصوص التقنين الإجرائى.

١٦٣- أمثلة المسائل التجارية والضريبية:

بحث توقف المتهم عن الدفع وتاريخه وأسبابه ليفصل القاضى الجنائى فى جرائم الإفلاس بالتدليس أو بالتقصير دون انتظار الفصل فى دعوى إشهار الإفلاس بمعرفة المحكمة التجارية، وبحث طبيعة الورقة المحررة فى جريمة إعطاء شيك بدون رصيد وهل هى شيك أم كمبيالة؟.

١- نقض جنائى جلسة ٧ يونيو عام ٢٠٠٠ الطعن رقم ٦٠٠٩ لسنة ٦٢ ق لم ينشر بعد ومشار إليه بالمستحدث من المواد الجنائية الصادر من المكتب الفنى لمحكمة النقض عام ٢٠٠١ .

٢- د. مأمون سلامة: قانون الإجراءات الجنائية. المرجع السابق ص٥٥٦ وما بعدها.

ومثل مسائل الضرائب: بحث تقدير الضريبة لإمكان الحكم بالغرامة النسبية التى لا تقل عن ٢٥٪ ولاتزيد عن ثلاثة أمثال ما لم يدفع من الضريبة فيما يتعلق ببعض جرائم الضرائب التى نص عليها القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩[1] وذلك لان تحديد مقدار الضريبة الواجبة وما دفع عنه وما لم يدفع ممكن فى جميع الأحوال مما مقتضاه أن يعنى به كل حكم يصدر بالإدانة.

١٦٤- أمثلة مسائل الجنسية:

بحث جنسية المتهم بمخالفة قوانين الإقامة إذا دفع بأنه مصرى الجنسية، أو بارتكاب جريمة خارج البلاد طبقا للمادة ٣ عقوبات بشرط عدم وجود نزاع سياسى بسبب هذه الجنسية. وللقاضى الجنائى تفسير المعاهدات وما إليها سواء تعلقت بقواعد الاختصاص أم بمسائل الجنسية أو بقواعد تسليم المجرمين، أم بحماية جرحى الحرب وأسراها بشرط أن يتعلق الأمر بصالح خاص لا بالصالح العام، ولا بإعمال السيادة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا كان هناك نزاع سياسى على تفسير أى معاهدة أو تطبيقها. فالنظر فى إعمال السيادة منعت منه جميع المحاكم ولو كانت إدارية [م ١٦ ق.السلطة القضائية] [2].

١٦٥- تطبيقات محكمة النقض:

وتطبيقا لذلك فقد استقرت أحكام محكمة النقض على أن "المحكمة الجنائية تختص بموجب المادة ٢٢١ من قانون الإجراءات الجنائية بالفصل فى جميع

١- ألغى بالقانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ الخاص بالضرائب على الدخل وحلت محل المادة المشار إليها المادة ١٨١ من القانون المشار إليه ونص بها على أن " يقضى بتعويض يعادل ثلاثة أمثال ما لم يؤد من الضرائب المستحقة فى حالة الحكم بالإدانة."

٢- د. رءوف عبيد: الرقابة على الدستورية والشرعية فى المواد الجنائية ط١٩٧٩ دار الفكر العربى ص٣ وما بعدها.

المسائل التى يتوقف عليها الحكم فى الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك دون أن تتقيد بالأحكام المدنية التى صدرت أو تعلق قضاؤها على ما عساه أن يصدر من أحكام بشأن نزاع مدنى قائم على موضوع الجريمة، ومتى كان ذلك فانه كان متعينا على المحكمة وقد تبينت لزوم الفصل فى ملكية العقار محل النزاع للقضاء فى الدعوى الجنائية المرفوعة أمامها. أن تتصدى بنفسها لبحث عناصر الملكية والفصل فيها فان استشكل الأمر عليها أو استعصى استعانت بأهل الخبرة وما تجريه هى من تحقيقات مؤدية حتى يتكشف لها وجه الحق، أما وإنها لم تفعل فان حكمها يكون معيبا بما يستوجب نقضه بالنسبة للدعوى المدنية والإحالة.[1] كما قضت المحكمة تطبيقا لذات المبدأ بان "القاضى الجنائى مختص بالفصل فى كافة المسائل التى تعرض أثناء نظر الدعوى الجنائية، فمن حقه أن يفصل فى صفة الخصوم، ولا يجوز مطالبته بوقف النظر فيها حتى يفصل فى دعوى مدنية وقعت بشأنها. وذلك لأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع ؛ ولأن القاضى الجنائى غير مقيد بحسب الأصل فيما يصدره القاضى المدنى من أحكام".[2]

وقضت أيضا بأنه "لما كان البت فى صورية الحوالة يتوقف عليه - فى خصوص الدعوى المطروحة - الفصل فى جريمة التبديد، فان الاختصاص فى شأنها ينعقد للمحكمة الجنائية. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ؛ فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه بالنسبة للدعوى المدنية المرفوع فيها الطعن".[3] وبأنه "لما كان المقرر انه لا تصح إدانة متهم بجريمة خيانة الأمانة ؛ إلا إذا اقتنع القاضى بأنه تسلم المال بناء على عقد من عقود الأمانة الواردة على سبيل الحصر فى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات، وكان

١- نقض جنائى جلسة ١٤ أبريل ١٩٨٣ س٣٤ ق١٠٩ ص٥٦١ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٠ أبريل ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم٩١ ص١١/٤ مشار إليه بمؤلف الإجراءات الجنائية للدكتور حسن علام ص٣٤١، جلسة ٢٣ نوفمبر ١٩٧٥ س٢٦ ص٧١٨، جلسة ١٧ أكتوبر ١٩٩١ س٤٢ ق١٣٨ ص١٠٠٤ - سالف الإشارة إليه.

٣- نقض جنائى جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٦٦ س١٧ ص١١٤٩ سالف الإشارة إليه.

مبنى دفاع الطاعن أن العلاقة التى تربطه بالمدعى بالحقوق المدنية ليس مبناها الإيصال المقدم ؛ وإنما حرر ضمانا لفض النزاع بينه وبين عمه، فإنه على المحكمة تحقيق هذا الدفع مادام انه تمسك به على وجه جازم، وكان ذلك ممكنا ؛ فان استغنت عن تحقيقه فعليها أن تبين علة ذلك بشرط الاستدلال السائغ".[1]

كما قضت المحكمة فى بيان أهمية الدفع فى الشرط المفترض وجوهريته ووجوب رد المحكمة عليه ما يأتى: "الدفع باعتبار الحجز كأن لم يكن - لعدم إتمام البيع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعه - من الدفوع الجوهرية التى يتعين على محكمة الموضوع أن تحققها أو ترد عليها بأسباب سائغة لأنه يتجه إلى نفى عنصر أساسى من عناصر الجريمة ؛ أما وهى لم تفعل فإن حكمها يكون معيبا بالقصور والإخلال بحق الدفاع".[2]

وللدفع بالمسألة غير الجنائية طابع أولى من حيث الطبيعة الإجرائية على النحو الذى بيناه سلفا. وهو شأنه شأن جميع الدفوع المتعلقة بالاختصاص الجنائى يتعلق بالنظام العام ؛ ومن ثم يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض.

١- نقض جنائى جلسة ٢٦ ديسمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق٢٠٨ ص١٤٤٨ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٧ فبراير ١٩٩٣ س٤٤ ق٢٤ ص١٩٨ .

المبحث الثانى
الدفوع المتعلقة بصحة إجراءات رفع الدعوى

١٦٦- تمهيد وتقسيم:

وهذا النوع من الدفوع يترتب عليه - فيما لو صح التمسك به - بطلان الورقة التى ترتب - فى حالة صحتها - صحة العمل الإجرائى. ويترتب على هذا البطلان عدم صحة إجراءات رفع الدعوى، وبالتالى عدم اتصال المحكمة بها. وتعتبر الدعوى فى هذه الحالة مازالت فى حوزة النيابة ولها أن ترفعها بإجراءات صحيحة، ونخص بالذكر من هذه الدفوع دفعين نتناولهما فى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول: الدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور.

المطلب الثانى: الدفع ببطلان أمر الإحالة.

المطلب الأول

الدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور

١٦٧- مضمون الدفع

١٦٨- وسائل إعلان ورقة التكليف بالحضور

١٦٩- أحكام الدفع

١٧٠- الأثر المترتب على مخالفة القواعد الخاصة بالتكليف بالحضور

١٧١- نتائج بطلان ورقة التكليف بالحضور

١٧٢- الطبيعة الإجرائية للدفع

١٦٧- مضمون الدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور:

أوراق التكليف بالحضور طائفة من أوراق المرافعات والإجراءات الجنائية ؛ الغرض منها دعوة الخصوم للحضور أمام المحكمة بصحيفة افتتاح الدعوى وصحيفة الضمان الفرعية والمعارضة وصحيفة الاستئناف فى المرافعات. وبيان التهمة المنسوبة للمتهم فى الإجراءات الجنائية والواقعة المنسوبة له ومواد القانون المنطبقة والتي تنص على العقوبة. وقد استلزم القانون استيفائها لبيانات معينة، ورتب على وقوع نقص فيما يتعلق بتحريرها أو إعلانها أو البيانات الجوهرية الواجب اشتمالها عليها البطلان، ويحصل التمسك بهذا البطلان بدفع يبديه الخصم المكلف بالحضور ؛ هو الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور.

ولقد نظمت إجراءات التكليف بالحضور فى الجنح والمخالفات فى المواد ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ٢١٤ الخاصة بإعلان أوامر الإحالة فى الجنايات. وأوجبت هذه النصوص أن تشتمل ورقة التكليف بالحضور على التهمة ومواد القانون التى تنص على العقوبة (مادة ٢/٢٣٣) إجراءات جنائية ويكون تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة قبل انعقاد الجلسة بيوم كامل فى

المخالفات وبثلاثة أيام كاملة على الأقل فى الجنح مع مراعاة مواعيد المسافة الواردة بقانون المرافعات المدنية والتجارية، ويستثنى من ذلك الجنح المنصوص عليها بالمادة ٢٧٦ مكرر (٢). من قانون الإجراءات حيث يكون التكليف بالحضور قبل الجلسة بيوم واحد، ولا تعتبر الدعوى قد رفعت بمجرد التأشير من النيابة العامة بتقديمها ؛ بل لابد لذلك من إعلان المتهم بالحضور للجلسة فى المواعيد السابقة.[١]

غير انه يجوز فى حالة التلبس أن يكون التكليف بالحضور بغير ميعاد، فإذا حضر المتهم وطلب إعطاءه ميعادا لتحضير دفاعه تأذن له المحكمة بالميعاد السابق وهو ثلاثة أيام فى الجنح ويوم كامل فى المخالفات (مادة ٢٣٣)، وإلا تعتبر المحكمة قد أخلت بحقه فى الدفاع. وفى غير حالة التلبس التى يعلن فيها المتهم بغير ميعاد لا تكون المحكمة ملزمة بالتأجيل للدفاع.

ولذلك قضت محكمة النقض بان "القانون يوجب على كل من الخصوم أن يحضر بالجلسة مستعدا ما دام قد أعلن فى الميعاد. وإذن فمتى كانت المتهمة قد أعلنت فى الميعاد الذى نص عليه القانون، فلا يقبل منها القول بأن المحكمة قد أخلت بحقها فى الدفاع إذا رأت المحكمة نظر الدعوى ولم تر حاجه إلى تأجيلها ولم تمنع المتهمة من أن تبدى كافة اوجه الدفاع".[٢]

١٦٨- وسائل إعلان ورقة التكليف بالحضور:

وتعلن ورقة التكليف بالحضور لشخص المعلن إليه أو فى محل إقامته "بالطرق المقررة فى قانون المرافعات" ويجوز إعلان ورقة التكليف بالحضور

١- د. مأمون سلامة :الإجراءات المرجع السابق ص ٥٧٨، د. نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات الجنائية المرجع السابق ص٨٤٤ وما بعدها، د. فتحى سرور: الوسيط فى قانون الإجراءات المرجع السابق ص ٣٩٦ د. حسن علام : قانون الإجراءات معلقا على نصوصه بأحكام النقض ط ١٩٩١ نادى القضاة المرجع السابق ص ٣٦٤ وما بعدها.
٢- نقض جنائى جلسة ٢٧ أبريل ١٩٥٥ س ٦ ق ٢٦٠ .

بواسطة أحد رجال السلطة العامة، وإذا لم يؤد البحث إلى معرفة محل إقامة المتهم، سلم الإعلان للسلطة الإدارية التابع لها آخر محل يقيم فيه فى مصر، ويعتبر المكان الذى وقعت فيه الجريمة آخر محل إقامة للمتهم ما لم يثبت خلال ذلك (مادة ٢٣٤) .ويكون إعلان رجال الجيش إلى إدارة الجيش. وعلى من يجب تسليم الصورة إليه فى الحالتين المذكورتين أن يوقع الأصل بذلك. وإذا امتنع عن الاستلام أو التوقيع يحكم عليه قاضى المواد الجزئية بغرامة لا تزيد على خمسة جنيهات، وإذا أصر بعد ذلك على امتناعه تسلم الصورة إلى المطلوب إعلانه شخصيا.[1]

ويجوز الاستغناء عن تكليف المتهم بالحضور إذا حضر بالجلسة ووجهت إليه التهمة من النيابة العامة وقبل المتهم بالمحاكمة]م ٢/٢٣٢ .[وفى هذه الحالة إذا طلب التأجيل منحه القاضى أجلا لا يقل عن المدة المحددة للجنح والمخالفات وهى ثلاثة أيام للأولى ويوم كامل للثانية. وفى الفرض الذى نحن بصدده يكون رفع الدعوى بتوجيه التهمة فى الجلسة وقبول المتهم المحاكمة. وإذا لم يقبل المتهم فعلى النيابة العامة أن تكلفه بالحضور بالإجراءات العادية للتكليف بالحضور.[2]

١٦٩- أحكام الدفع ببطلان إجراءات التكليف بالحضور:

وكما ذكرنا من قبل يجب أن تشتمل ورقة التكليف بالحضور على التهمة. والمقصود بذلك أن يكون ثابتاً بها الواقعة المكونة للجريمة بأركانها القانونية، فلا يكفى البيان الإجمالى بنوع الجريمة كما يجب أن تشمل بالإضافة إلى الواقعة المنسوبة للمتهم مواد القانون المنطبقة والتى تنص على العقوبة (م ٢/٢٣٣).

١- نقض جنائى جلسة ٢١ يناير ١٩٩٨ ط رقم ٢١٦٩٣ لسنة ٦٢ ق منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة ٣٠ ص٦٨٧ .

٢- د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص٥٧٩ .

ويترتب على إعلان المتهم بورقة التكليف بالحضور رفع الدعوى العمومية وخروجها من حوزة النيابة العامة لتدخل فى ولاية المحكمة، فلا تملك النيابة العامة بعد ذلك اتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق أو التصرف فى الدعوى، وحتى لو تعذر على المحكمة تحقيق دليل معين فليس لها أن تندب لذلك النيابة العامة لزوال ولايتها وانتهاء اختصاصها، وإنما على المحكمة أن تندب أحد أعضائها أو قاضيا آخر، غير أن ذلك لا يخل بما نصت عليه المادة ٢١٤ مكررا المستحدثة بالقانون ١٧٠ لسنة ١٩٨١ والتى تقرر بأنه "إذا صدر - بعد صدور أمرُ الإحالة - ما يستوجب إجراء تحقيقات تكميلية فعلى النيابة العامة أن تقوم بإجرائها وتقدم المحضر إلى المحكمة".

١٧٠- الأثر المترتب على مخالفة القواعد الخاصة بالتكليف بالحضور:

يترتب على مخالفة القواعد الخاصة بورقة التكليف بالحضور، من حيث إعلانها ومشتملاتها، جزاءا إجرائيا وهو بطلان الورقة. ويترتب على بطلان ورقة التكليف بطلان إجراءات رفع الدعوى، غير أنه يلاحظ أن البطلان هنا نسبى لا يمس النظام العام فى شيء.[1] وفى ذلك قضت محكمة النقض بان "اوجه البطلان المتعلقة بإجراءات التكليف بالحضور ليست من النظام العام، فإذا حضر المتهم الجلسة بنفسه أو بوكيل عنه فليس له أن يتمسك بهذا البطلان ؛ وإنما له أن يطلب تصحيح التكليف واستيفاء أى نقص فيه وإعطائه ميعادا ليحضر دفاعه قبل البدء فى سماع الدعوى".[2] وعلى المحكمة أن تجيبه إلى طلبه وإلا كانت الإجراءات باطلة، وإذ كان البطلان المقرر لمصلحة المتهم نفسه، فانه إذا لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع يعتبر متنازلا عنه لأنه قدر

١- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام المرجع السابق ص٣٧٣ وما بعدها، د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص٥٨١ .

٢- نقض جنائى جلسة ٣ يناير ١٩٩٣ طرقم ٦٤٦٠ لسنة ٦١ ق س٤٤ ق٢ ص٤٦، ٤ يناير ١٩٨٣ س٣٤ ق٤ ص٣٦، نقض جلسة ١٩ مارس ١٩٩٥ س٤٦ ق٥٨ ص٥٧٦ .

أن مصلحته لم تمس من جراء مخالفته فلا يجوز له من بعد أن يتمسك بوقوع هذه المخالفة.[1]

١٧١- نتائج بطلان ورقة التكليف بالحضور:

ويترتب على البطلان هنا النتائج الآتية:

١- يسقط الدفع بالبطلان إذا لم يتمسك به المتهم قبل سماع أحد من الشهود أو إذا أتى بإجراء يستفاد منه تنازله عن التمسك به ؛ كما لو تكلم فى موضوع الدعوى. وفى ذلك قضت محكمة النقض "إذا كان الدفاع عن الطاعنة لم يطلب من محكمة الموضوع تأجيل الدعوى، لإعلان الطاعنة بأمر الإحالة أو إعطائه أجلا لإعداد دفاعه، فانه يعتبر قد تنازل عن حقه فى إبدائه وليس له من بعد أن يثير ذلك أول مرة أمام محكمة النقض.[2]

٢- للمحكمة إصلاح كل خطأ مادى وتدارك كل سهو فى عبارة الاتهام ؛ فتزيل ما فى الورقة من عيب ناجم مثلا عن إغفال المواد المطلوبة أو عن ذكرها خطأ، ولها بطبيعة الحال تغيير الوصف القانونى إذا كان معيبا كما لها تعديل التهمة وعليها أن تنبه المتهم إليه، وأن تمنحه أجلا لتحضير دفاعه بناء على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك (مادة ٣٠٨ إجراءات).

٣ -إذا كانت الأخطاء الواردة بورقة التكليف بالحضور لم يمكن تصحيحها من قبل المحكمة كما أنها لم تصحح بحضور المتهم الجلسة ؛ فان بطلان الورقة يترتب عليه عدم اتصال المحكمة بالدعوى وتعتبر الدعوى مازالت فى حوزة النيابة ولها أن ترفعها بإجراءات صحيحة عن طريق إعادة التكليف بالحضور كما لها أن تحفظها إذا رأت عدم السير فيها.[3]

١- نقض جنائى جلسة ٨ فبراير١٩٩٨ ط رقم٨٣١ لسنة٦٦ ق منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة ٣٠ ص٦٨٨ .

٢- نقض جلسة ١٦ مارس ١٩٨٢ س ٣٣ ق ٧٥ ص ٣٧٠ .

٣- د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص ٥٨١ .

١٧٢- الطبيعة الإجرائية للدفع:

وعن الطبيعة الإجرائية لهذا الدفع فإننا نرى - وبحسب المعيار الذى سرنا على نهجه فى هذا البحث - أن الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور هو من الدفوع ذات الطابع الأولى بحسبان أن المحكمة التى تفصل فى موضوع الدعوى هى المكلفة بالفصل فى هذا النوع من الدفوع قبل الدخول فى موضوع الدعوى.

المطلب الثانى
الدفع المتعلق بأوامر الإحالة

١٧٣- مضمون الدفع المتعلق بأوامر الإحالة:

أمر الإحالة هو الأمر الذى يقرر به المحقق إدخال الدعوى فى حوزة المحكمة المختصة. والأمر بالإحالة هو - على هذا النحو - قرار بنقل الدعوى من مرحلة التحقيق الابتدائى إلى مرحلة المحاكمة.

وقد نصت على أوامر الإحالة التى يصدرها قاضى التحقيق المواد١٥٥، ١٥٦، ١٥٨ من قانون الإجراءات الجنائية، ونصت على أوامر الإحالة التى تصدرها النيابة العامة المادة ٢١٤ إجراءات، ويفترض الأمر بالإحالة تقدير المحقق وتوافر أدلة كافية على نسبة الفعل إلى المتهم، وتوافر أركان الجريمة به، وانتفاء أسباب عدم قبول الدعوى.

ويفترض الأمر بالإحالة تقدير المحقق توافر الأدلة الكافية على حصول الواقعة وعلى نسبتها إلى المتهم، ولا تعنى كفاية الأدلة أنها كافية لإدانة المتهم إذ لا اختصاص للمحقق بتقرير هذه الإدانة، فتلك مهمة المحكمة، وإنما تعنى كفايتها لتقديم المتهم إلى المحاكمة، أى تقدير المحقق رجحان الإدانة وليس يقينه أو جزمه بذلك على نحو ما تفعل المحكمة، ولذلك فقد يقدر المحقق احتمال تبرئة المتهم ؛ ومع ذلك يحيله إلى المحاكمة لأنه يرى احتمال الإدانة ارجح من احتمال البراءة ويعنى ذلك أن الشك يفسر عند التصرف فى التحقيق ضد مصلحة المتهم.[١]

١- Garraud, 111, no 1008 p. 320. Op . cit.

ولا يشترط تسبيب الأمر بالإحالة، خلافا للأمر بالا وجه، الذى يجب تسبيبه ؛ وعلة ذلك أن الإحالة تعنى عرض الدعوى فى جميع عناصرها على القضاء، الذى يتعين عليه أن يعيد تحقيقها. ومن ثم فان بيان أسباب الإحالة لن تكون له أهمية، وبالإضافة إلى ذلك ؛ فان كل أمر بالإحالة يفترض بالضرورة أسبابه التى تعنى كفاية الأدلة، وتوافر أركان الجريمة وانتفاء أسباب عدم القبول وذلك دون حاجة إلى التصريح بهذه الأسباب.

١٧٤- أحكام الدفع المتعلق بأمر الإحالة وحالاته:

وتكون الإحالة فى الجنح والمخالفات بناء على أمر إحالة صادر من قاضى التحقيق، أو محكمة الجنح المستأنفة، ومنعقدة فى غرفة المشورة (مادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية) وعلى النيابة العامة إرسال جميع الأوراق إلى قلم كتاب المحكمة فى ظرف يومين، وإعلان الخصوم بالحضور أمام المحكمة فى اقرب جلسة، وفى المواعيد المقررة (مادة ١٥٧ إجراءات).

أما فى الجنايات ؛ فتكون الإحالة إلى محكمة الجناياث من النيابة العامة التى تتولى التحقيق فى القضية، أو قاضى التحقيق المنتدب لتحقيق قضية معينة على انه إذا كانت الإحالة من النيابة، فان أمر الإحالة يتعين أن يصدر عن المحامى العام، أو من يقوم مقامه.

١٧٥- تعلق الدفع بالنظام العام:

نصت المادة ٢١٤ إجراءات كما سلف الإشارة على أن "ترفع الدعوى فى مواد الجنايات بتقرير اتهام تبين فيه الجريمة المسندة إلى المتهم بأركانها المكونة لها وكافة الظروف المشددة أو المخففة للعقوبة ومواد الاتهام المراد تطبيقها". وتستهدف هذه البيانات رسم حدود الدعوى التى تتقيد بها المحكمة ووضع الأسس التى تعتمد عليها فى عملها. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر على أن ترفق بتقرير الاتهام "قائمة" بمؤدى أقوال شهوده

(أى شهود المتهم) وأدلة الإثبات، وتعلن النيابة العامة الخصوم بالأمر الصادر بالإحالة إلى محكمة الجنايات خلال العشرة أيام التالية لصدوره. ويرسل ملف القضية إلى قلم كتاب محكمة الاستئناف فورا. ولا يترتب على عدم إعلان أمر الإحالة أو نقص بيان من بياناته الجوهرية بطلان هذا الإعلان ؛ لان قضاء الإحالة ليس إلا المرحلة النهائية من مراحل التحقيق، وان ما يصدره مستشار الإحالة أو جهة الإحالة أيا كانت من قرارات لا تعد أحكاما فى المعنى الصحيح للقانون، فلا محل لإخضاع أوامره لما يجرى على الأحكام من قواعد البطلان. فضلا عن أن إبطال أمر إحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع بعد اتصالها بها يقتضى إعادتها إلى مرحلة الإحالة. وهو غير جائز باعتبار تلك المرحلة لا تخرج عن كونها جهة تحقيق، فلا يجوز إعادة الدعوى إليها بعد دخولها فى حوزة المحكمة، وان اوجه البطلان المتعلقة بإجراءات التكليف بالحضور ليست من النظام العام، فإذا حضر المتهم فى الجلسة بنفسه أو بوكيل عنه، فليس له أن يتمسك بهذا البطلان، وإنما له أن يطلب تصحيح التكليف، أو استيفاء أى نقص فيه وإعطاءه ميعادا ليحضر دفاعه قبل البدء فى سماع الدعوى.[1]

غير أنه إذا كان الدفع ببطلان أمر الإحالة شأنه شأن الدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور غير متعلق بالنظام العام على اعتبار أن إجراءات التكليف بالحضور كلها ليست من النظام العام، لتعلقها بصالح الخصم، إلا أن قانون الإجراءات الجنائية قد رتب بطلان الحكم الغيابى الصادر من محكمة الجنايات فى جناية، ومن ثم اصبح الدفع ببطلان الحكم الغيابى بالقبض على المتهم أو حضوره من النظام العام وليس مقررا لمصلحة المتهم، ولذلك تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها ولا يقبل من المتهم المحكوم عليه غيابيا، التنازل عن هذا البطلان ورضائه بما قضى به الحكم الغيابى.[2]

١- نقض جنائى جلسة ٤ يناير ١٩٨٣ س٣٤ ق٤ ص٣٦ سالف الإشارة إليه.

٢- د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص ١٠٤٨ .

إلا أن هذا البطلان المتعلق بالنظام العام، لا يكون إلا بالنسبة لما قضى به الحكم الغيابى فى الدعوى الجنائية. أما قضاؤها فى الدعوى المدنية، فان قبوله من قبل المحكوم عليه، والمدعى المدنى يعتبر صلحا، تنقضى به الدعوى المدنية، ولا يؤثر بطبيعة الحال على وجوب إعادة إجراءات الدعوى الجنائية.

كما أن بطلان الحكم الغيابى بالقبض أو بحضور المحكوم عليه، وكذلك الآثار المترتبة على الحكم الغيابى بالإدانة، والإجراءات التى نص عليها القانون بالنسبة لاعادة المحاكمة، كل ذلك يتعلق فقط بالحكم الغيابى الذى تصدره محكمة الجنايات فى جناية. فإذا كانت الدعوى المنظورة أمام محكمة الجنايات تتعلق بجنحة من الجنح التى يجوز لمحكمة الجنايات أن تنظرها، عليها أن تتبع فى شأن محاكمة المتهم الغائب الإجراءات المنصوص عليها بالنسبة لمواد الجنح والمخالفات أمام المحاكم الجزئية بمعنى أن الحكم الغيابى يكون قابلا للمعارضة فى الميعاد المقرر. ويترتب على معارضة المتهم المحكوم عليه غيابيا عدم جواز الحكم بعقوبة الطعن بالمعارضة فى أحكام المحاكم الجزئية. من هذا أيضا ما أكدته المادة ٣٩٧ حيث نصت صراحة على انه "إذا غاب المتهم بجنحة مقدمة إلى محكمة الجنايات، تتبع فى شأنه الإجراءات المعمول بها أمام محكمة الجنح، ويكون الحكم الصادر فيها قابلا للمعارضة. أما إذا رفعت الدعوى بوصف الجناية، واعتبرتها المحكمة جنحة وقضت فيها غيابيا ؛ فيطبق فى شأن هذا الحكم المادة , ٣٩٥ فالعبرة فى هذا الفرض بالوصف الذى رفعت به الدعوى.[1]

وللدفع ببطلان أمر الإحالة طبيعة أولية، طبقا للمعيار المتبع فى هذا البحث، إذ تتولى المحكمة التى تنظر الدعوى الفصل فيه قبل الفصل فى موضوع الدعوى.

١- نقض جلسة ١٧ ابريل ١٩٦٧ س١٨ ص١٠٤ .

المبحث الثالث
الدفوع المتعلقة بصفة رافع الدعوى

١٧٦- تمهيد وتقسيم:

يقتضينا البحث فى هذا النوع من الدفوع أن نفرق بين نوعين منها:

النوع الأول: ويتعلق بانعدام صفة رافع الدعوى.

النوع الثانى: ويتعلق بقدرة رافع الدعوى على رفعها ؛ على فرض توافر الصفة فيه، وتقييد هذه القدرة بقيد من القيود التى فرضها القانون على سلطة الإدعاء فى رفع الدعوى وتحريكها.

وسوف نقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول فى الأول منها: الدفع "بانعدام الصفة" وحالاته، وصلته بالنظام العام والآثار المترتبة على ذلك. ونتناول فى الثانى: الدفع "بورود قيد على سلطة الادعاء" يحد من السلطة التقديرية لجهة الإدعاء]النيابة العامة [فى تحريك الدعوى الجنائية، وصلة ذلك أيضا بالنظام العام، والآثار المترتبة على ذلك على أن يكون ذلك على النحو التالى:

المطلب الأول: الدفع بانعدام صفة رافع الدعوى.

المطلب الثانى: الدفع بورود قيد على سلطة الادعاء.

المطلب الأول
الدفع بانعدام الصفة

١٧٧- المقصود بالصفة:

يقصد بالصفة "بوجه عام" كشرط من شروط الدعوى ؛ أن تنسب الدعوى إيجابا لصاحب الحق فى رفعها. وسلبا لمن يوجد الحق فى مواجهته.[1] فهى تمييز للجانب الشخصى للحق فى الدعوى، وفى الغالب وبمجرد إثبات الحق أو المركز القانونى وحدوث الاعتداء تثبت "الصفة" فى الدعوى ؛ بحيث لو لم ترفع من صاحب الحق فيها، فيمكن الدفع بانعدام الصفة فى رفعها، وإذا لم توجه إلى من يوجد الحق فى مواجهته، فيمكن الدفع – ممن رفعت عليه – برفعها على غير ذى صفة. وقد كان البطلان المتعلق بها فى المرافعات لا شأن له بالنظام العام، إذ هو مقرر لمصلحة من وضع لحمايته، فإذا ما تنازل عنه فان تنازله يسقط الحق فى التمسك به، إلى أن تعدل هذا الوضع بصدور القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأصبحت المصلحة – ومن ثم الصفة – فى رفع الدعوى من النظام العام بما يترتب على ذلك من آثار توجب على المحكمة ،ن تقضى من تلقاء نفسها فى أى حالة تكون

١- أ.د فتحى والى: الوسيط فى قانون القضاء المدنى ط ١٩٨٠ ص٧٢ وما بعدها.

عليها الدعوى بعدم القبول، إذا لم تتوافر المصلحة الشخصية المباشرة من دعوى المدعى طبقا للمادة ٣ من قانون المرافعات بعد تعديلها.

١٧٨- الصفة فى قانون الإجراءات الجنائية:

الصفة فى قانون الإجراءات الجنائية - وبحسب تعلقها بالدعوى الجنائية -. لا تختلف كثيرا عن معناها بوجه عام فى قانون المرافعات. فهى تتمثل فيمن له الحق فى تحريك الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائى. وتحريك الدعوى الجنائية هو اتخاذ أول إجراء من إجراءاتها، وفى تعبير آخر هو الإجراء الذى ينقل الدعوى من حال السكون الذى كانت عليه عند نشأتها إلى حال الحركة، بان يدخلها فى حوزة السلطات المختصة باتخاذ إجراءاتها التالية[1] والأهمية القانونية لتحريك الدعوى أن القضاء لا ينظر فيها من تلقاء نفسه، ومن ثم كان فى حاجة إلى عمل ترفع به إليه فيتاح له النظر والفصل فيها، والصفة فى رفع الدعوى على هذا النحو تختلف من نظام إجرائى إلى آخر، ففى ظل النظام الاتهامى أو ما يطلق عليه "الاتهام الفردى أو الشخصى" تكون الصفة فى الاتهام وتحريك الدعوى للمجنى عليه نفسه وورثته من بعده، وهذا النظام أول ما عرف من أنظمة الاتهام، ولا تزال تسير عليه القوانين ذات الطابع الانجلوسكسونى ؛ مع بعض التطوير كالقانون الإنجليزى والهندى والكندى، على ما سلف الإشارة إليه فى موضعه من هذا البحث. فالفرد المجنى عليه هو صاحب الحق الأصلى والصفة فى الاتهام ورفع الدعوى العمومية، ويتولى دعم اتهامه بنفسه ؛ أما الدولة فلها هذا الحق بطريق التبعية، وعلى سبيل الاستثناء فى الجرائم الهامة كالقتل العمد والتزوير فى الأوراق الرسمية، والحالات التى لا يباشر فيها الأفراد الاتهام أو الحالات التى تكون فيها

١- أ.د نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات الجنائية ط ١٩٨٨ دار النهضة العربية ص١٠٤، د. مأمون سلامة الإجراءات المرجع السابق ص٥٣ .

الجريمة واقعة على الدولة أو مصلحة الدولة فيها غالبة.[1] ومع ذلك فقد أوجب القانون الإنجليزى فى عهده الحديث مباشرة الاتهام فى عديد من الحالات من جانب ممثلى الدولة.

أما فى ظل النظام التنقيبى أو ما يطلق عليه "الاتهام العام" فقد جعلت الدولة "الصفة" فى تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها لسلطة تنوب عن المجتمع، وهى النيابة العمومية. وهو ما اخذ به قانون الإجراءات الجنائية فى مصر، إذ نصت المادة الأولى منه فى فقرتها الأولى على أن "النيابة العامة تختص دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون". كما تنص المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون ٣٥ لسنة ١٩٨٤ على انه "تمارس النيابة العامة الاختصاصات المخولة لها قانونا. ولها دون غيرها الحق فى رفع الدعوى الجنائية، ومباشرتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". ومع ذلك فقد اخذ الشارع بنظام الاتهام الشخصى ؛ عندما أجاز للمدعى بالحقوق المدنية أن يحرك الدعوى العمومية فى الجنح والمخالفات (مادة ٢٣٢) إجراءات جنائية. كما أخذ قانون الإجراءات بنظام الاتهام القضائى، عندما أجاز لمحكمة الجنايات والدائرة الجنائية بمحكمة النقض أن تحرك الدعوى الجنائية، وعندما أجاز للمحاكم عموما أن تحكم فى الجنح والمخالفات التى تقع فى جلساتها، باعتبارها جرائم جلسات.[2] وهناك حالات أخرى يشارك النيابة – فى تحريك الدعوى الجنائية – جهة أخرى كالسلطة التشريعية ؛ بالنسبة للجرائم التى تقع من رئيس الدولة والوزراء.

١٧٩- الجهات التى تملك الصفة فى رفع الدعوى الجنائية:

يمكن القول أن الأصل العام فى تحريك الدعوى الجنائية تختص به النيابة

١- د. محى الدين عوض القانون الجنائى وإجراءاته سالف الإشارة إليه ط١٩٨١ ص١٤ وما بعدها.
٢- د. محى الدين عوض. المرجع السابق ص١٨ .

العامة دون ما قيد على حريتها فى ذلك ؛ باعتبارها صاحبة "الصفة الأصلية" فى الاتهام وتحريك الدعوى. إلا أن المشرع قد يخرج على هذا الأصل العام، فيجعل صاحب الصفة فى تحريك الدعوى جهات أخرى - استثناءً - على النحو التالى:

أولا: نص الدستور المصرى الدائم الصادر فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ فى المادة ٨٥ منه على أنه "يكون اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكاب جريمة جنائية بناء على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل" كذلك جاء النص فى المادة ١٥٩ من الدستور على انه "لرئيس الجمهورية ولمجلس الشعب حق إحالة الوزير إلى المحاكمة عما يقع منه من جرائم أثناء تأدية وظيفته أو بسببها..... ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس". وبذلك جعل المشرع صاحب الصفة فى تحريك الدعوى الجنائية - فى الحالات السابقة - هو السلطة التشريعية.(١)

ثانيا: نص القانون على إعطاء الحق للقضاء فى تحريك الدعوى الجنائية فى المواد ١١، ١٢، ١٣ من قانون الإجراءات، وهو ما يعرف "بحق التصدى" بإدخال متهمين جدد فى الجريمة المعروضة عليه، أو فى حالة الارتباط بين جناية أو جنحة والتهمة المعروضة عليه، ولمحكمة النقض هذا الحق أيضا بموجب المادة ١٢ المشار إليها، ولمحكمة الجنايات بموجب المادة ١٣، وكذلك للمحاكم عموما فى جرائم الجلسات بالنسبة لما يقع أثناء انعقادها من جنح أو مخالفات.(٢)

ثالثا: منح المشرع للمدعى بالحق المدنى الحق فى الادعاء المباشر، بعد أن عرفته المادة ٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية بأنه "من يدعى حصول ضرر له

١- أ.د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين والقائمين بأعباء السلطة العامة ط ١٩٨٧ - دار النهضة - القاهرة ص١٦ وما بعدها، أ.د مصطفى أبو زيد فهمى: النظام الدستورى المصرى ط. أولى فقرة ٣٤٤ ص٢٩٦ .

٢- أ.د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق ص١٤٨ حتى ص١٥٣، د. رءوف عبيد: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية ط١٩٧٤ ص٩٤، ط١٩٨٣ ص١٠٢ .

من الجريمة" فاصبح له الحق فى تحريك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر بموجب المادتين ٢٣٢، ٢٣٣ من قانون الإجراءات الجنائية وقد رتب القانون أثرا حتميا على ذلك هو أن تتحرك - تلقائيا - الدعوى الجنائية.[1] وذلك فى الجنح والمخالفات فاستبعد من هذا النطاق الجنايات، فإذا أقيمت الدعوى أمام محكمة الجنح وتبين لها أن الجريمة جناية ؛ فإنها تقضى بعدم قبول الدعوى، لان الدعوى لم تحرك بالطريقة التى يحددها القانون، ومن ثم لا تتصل بولاية المحكمة. وحينئذ تقضى المحكمة بعدم جواز الادعاء المباشر فى هذه الجناية باعتبارها "قاعدة تتصل بالنظام العام".

رابعا: ربط المشرع فى هذا الفرض بين تحريك الدعوى الجنائية وبين صفة بعض أعضاء النيابة، بالنسبة لجرائم الموظف العام التى تقع منه أثناء تأدية وظيفته، وذلك حينما نصت المادة ٣/٦٣ المعدلة بالقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه "وفيما عدا الجرائم المشار إليها فى المادة ١٢٣ من قانون العقوبات لا يجوز لغير النائب العام أو المحامى العام أو رئيس النيابة رفع الدعوى ضد موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط، لجناية أو جنحة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها". كذلك حينما نصت المادة ٨ مكررا من قانون الإجراءات على انه "لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية فى الجرائم المنصوص عليها فى المادة ١١٦ مكررا (١) من قانون العقوبات إلا من النائب العام أو المحامى العام.[2] وأيضا ما ورد بنص المادة ٥٠ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من انه "فى الحالات المبينة بالمادة السابقة، لا يجوز القبض على المحامى أو حبسه احتياطيا، ولا ترفع الدعوى الجنائية فيها إلا بأمر من النائب العام، أو من ينوب عنه من المحامين العامين الأول". والمقصود بالحالات المبينة

١- أ.د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق ص١٦٧ .
٢- أ.د. عبد العظيم وزير: الجوانب لإجرائية لجرائم الموظفين والقائمين بأعباء السلطة العامة. ص١٧١ وما بعدها.

بالمادة السابقة هى الجرائم التى تقع من المحامى أثناء وجوده بالجلسة لأداء واجبه أو بسببه وتؤدى إلى إخلال بنظام الجلسة أو أى أمر يستدعى محاسبته نقابيا أو جنائيا.

١٨٠- الخلاف الوارد فى الفقه حول الدفع بانعدام صفة بعض أعضاء النيابة فى تحريك الدعوى بالنسبة لجرائم الموظف العام:

ثار الخلاف حول طبيعة الحماية الإجرائية للموظف العام بموجب المادتين ٨ مكرر (١)، ٦٣ فقرة (١) من قانون الإجراءات، وما ورد بنصوص قانون المحاماة المشار إليها، وما إن كان الدفع بأى منهما يمثل دفعا بانعدام الصفة - فى حالة صحته - أو انه يعد دفعا بورود قيد على سلطة الادعاء، ويتنازع البحث فى هذا الخلاف اتجاهان:

١- الاتجاه الأول:

اعتبار الحماية المقررة قيدا إجرائيا على سلطة النيابة العامة فى تحريك الدعوى. ويذهب القائلون بهذا الاتجاه إلى أن ما جاءت به المادة ٦٣ فقرة /٣ من قانون الإجراءات الجنائية ؛ هو قيد إجرائى مما ينطبق عليه أحكام "الإذن" كقيد سلطة النيابة العامة فى تحريك الدعوى الجنائية.[1] وقد سايرت محكمة النقض هذا الاتجاه حينما وصفت ما جاء به نص المادة ٦٣ فقرة/٣ من قانون الإجراءات بأنه "قيد" على رفع الدعوى.[2] إذا ما أثير فى صورة دفع.

٢- الاتجاه الثانى:

اعتبار الحماية المقررة نوعا من تنظيم الاختصاص النوعى لبعض أعضاء

١- أ.د محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية ط١٩٧٦ دار النهضة العربية بند٦٩ ص٩٨ .

٢- نقض جلسة ٢٠ أكتوبر ١٩٧٤ س٢٥ ق١٤٦ ص٦٨٠- جلسة ١١ يناير ١٩٩٨ طرقم ٤١٠٢٧ السنة ٥٩ ق منشور بالمجلة الفصلية للقضاة السنة ٣٠ ق ٦٣ص٧٠٤ .

النيابة. ويذهب القائلون بهذا الاتجاه[1] إلى أن نص المادة ١/٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية لا ينصرف إلى تقييد سلط النيابة بالإذن ؛ إذ لا يورد عليها قيدا في تحريك ورفع الدعوى الجنائية، وإنما يحدد اختصاصا نوعيا للنائب العام والمحامي العام ورئيس النيابة لا يثبت لغيرهم من أعضاء النيابة العامة، فهو بمثابة توزيع للاختصاص بين أعضاء النيابة لا يمس بالنظر إلى صفته الداخلية - سلطة تقديرها في ملاءمة تحريك الدعوى الجنائية - ويستند هذا الرأي إلى أن القيود الإجرائية - ومن بينها الإذن - إنما هي عوائق إجرائية يختص بإزالتها جهة خارجة عن النيابة العامة لا تختص أصلا بتحريك أو رفع الدعوى الجنائية، وفي هذا يكمن معنى القيد.

أما في الحالة التي نحن بصددها ؛ فإن اقتصار تحريك الدعوى على أشخاص محددين من النيابة العامة بصفاتهم يعني أن مخالفة ذلك تؤدي إلى القول بانعدام صفة رافع الدعوى - إذا صح الدفع - ومن ثم القضاء بعدم قبولها. ونحن نساير هذا الاتجاه في الرأي تأسيسا على أن ما يسوقه القضاء من عبارات في ثنايا قضائه هو الذي أثار هذا اللبس حول طبيعة الحماية المقررة للموظف العام. كما أن العمل قد جرى على الخلط على الأقل في التعبير بين الإذن - كقيد إجرائي - والتوكيل الخاص الذي يصدر من النائب العام إلى أحد أعضاء النيابة العامة لممارسة أحد اختصاصاته الذاتية، إذ يطلق عليه في العمل أيضا تعبير الإذن، وهو خلط يلزم تجنبه حتى تظل للمصطلحات الإجرائية مدلولها الذي أراده المشرع وتعارف عليه الفقه بشأنها.

١٨١- اتصال الدفع بانعدام الصفة بالنظام العام:

يتوقف تحديد اتصال الدفع بالنظام العام وما يرتبه ذلك من آثار على الجهة التي ناط بها القانون الصفة في تحريك الدعوى الجنائية. فقد يمنح المشرع

١- أ.د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات ص٥٥٣، ٥٥٤ - أ.د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص١٠٧، ٣٠٣ - أ.د. نجيب حسني: الإجراءات ص١٤٤ فقرة ١٤٣ - أ.د. رءوف عبيد: الإجراءات ص٩٨ - أ.د عبد العظيم مرسي وزير: الجوانب الإجرائية المرجع السابق ص١٧٨ وما بعدها.

لجهة ما الحق فى تحريك الدعوى الجنائية ؛ ومع ذلك لا يترتب على مخالفة الإطار الذى وضعه المشرع فى هذه الحالة البطلان لعدم تعلقها بالنظام العام. وقد يترتب على المخالفة البطلان المطلق فى حالة أخرى، وذلك لان المشرع فى هذه الحالة اعتبر تحريك الدعوى فى الصورة الأخيرة متعلق بالنظام العام على ما سوف يتضح من الفروض التالية:

أولا: إذا كانت الجهة التى تحرك الدعوى الجنائية هى السلطة التشريعية بالنسبة للجرائم التى ترتكب من رئيس الجمهورية أو الوزراء، فقد رأينا أن الذى يحرك الاتهام بحسب نصوص الدستور هو السلطة التشريعية]مجلس الشعب [ضد رئيس الجمهورية أو أحد الوزراء على ما سبق بيانه، ومن ثم فإذا قامت جهة أخرى بتحريك الدعوى الجنائية قبلهما كالنيابة العامة مثلا ؛ كان للمتهم أن يتمسك بانعدام صفة محرك الدعوى، وهو دفع فى هذه الحالة يتعلق "بالنظام العام" لتعلقه بإجراءات التقاضى، ويجوز التمسك به فى كافة مراحله ولو لأول مرة أمام محكمة النقض.

ثانيا: أما إذا كانت الجهة التى تحرك الدعوى الجنائية هى المحكمة فى إحدى حالات التصدى السالف بيانها، وكان التصدى جوازيا للمحكمة، وليست ملزمة به وان توافرت جميع شروطه، ولا تلتزم المحكمة بإجابة طلب الخصوم فى شأنه وان كانت له مصلحة واضحة فيه. ومن ثم فإذا حركت النيابة الدعوى الجنائية فى إحدى حالات التصدى ولم تكن المحكمة قد حركتها، فلا يستطيع صاحب الشأن التمسك بالدفع بانعدام الصفة ؛ لان النيابة فى هذه الحالة تكون ذات صفة فى تحريك الدعوى الجنائية. والدفع على هذا النحو لا يتعلق بالنظام العام. ولكن مكمن البطلان هنا هو إذا باشرت المحكمة فى إحدى حالات التصدى "سلطة مباشرة الدعوى الجنائية" إذ تقتصر سلطتها على تحريك الدعوى الجنائية. فان خالفت هذا المبدأ كان عملها باطلا

بطلانا متعلقا بالنظام العام ؛ لتعلقه بأصل من أصول المحاكمات الجنائية.[1]

ثالثا: أما إذا كان الذى يحرك الدعوى الجنائية هو المدعى المدنى فى إحدى حالات الادعاء المباشر، فالدفع بانعدام الصفة هنا يتعلق بصفة المدعى المدنى فى الدعوى المدنية التى تتحرك الدعوى الجنائية بالتبعية لها. فالدعوى المدنية تعتبر غير مقبولة ؛ ومن ثم لا تتحرك الدعوى الجنائية بالتبعية لها إذا رفعت من غير ذى صفة، كما لو أقامها الوصى أو القيم على المضرور بعد انتهاء صفته لعزله أو بلوغ الصغير رشده، أو زوال سبب القوامة. لكن الدفع على هذا النحو يتعلق بالنظام العام لتعلقه بشرط أصيل لازم لتحريك الدعوى الجنائية، وبصحة اتصال المحكمة بالدعوى.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان ما رد به الحكم على دفاع الطاعن يدور حول حق البنك المظهر إليه تظهيرا توكيليا، وإن كان صحيحا فى نطاق العلاقة بين البنك والمظهر ؛ إلا انه لا يعطى للبنك صفة فى أن يقيم نفسه مدعيا بالحقوق المدنية قبل ساحب الشيك عن جريمة إصداره له بغير رصيد، وإذ كان دفع الطاعن فى حقيقته هو دفع بعدم قبول الدعويين - الجنائية والمدنية - لرفعهما من غير ذى صفة، وكان من المقرر أن الدعوى العمومية إذا أقيمت على متهم ممن لا يملك رفعها قانونا ؛ فإن اتصال المحكمة فى هذه الحالة بالدعوى يكون معدوما قانونا ولا يحق لها أن تتعرض لموضوعها، فإن هى فعلت كان حكمها وما بنى عليه من إجراءات معدوم الأثر، لذا يتعين عليها القضاء بعدم قبول الدعوى، وهو أمر من النظام العام لتعلقه بولاية المحكمة وبشرط أصيل لازم لتحريك الدعوى الجنائية وبصحة اتصال المحكمة بالواقعة فيجوز إبداؤه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى، وعلى المحكمة القضاء به من

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات. المرجع السابق ص١٥٤، د. محمود مصطفى: الإجراءات المرجع السابق ص١١١، د. رءوف عبيد: الإجراءات. المرجع السابق ص١٠٩، د. توفيق الشاوى: فقه الإجراءات. المرجع السابق ص٧٩ .

تلقاء نفسها".[1] كما يلزم الإشارة إلى انه لا يكون للمدعى المدنى صفة فى الطعن على الحكم بأوجه متعلقة بالدعوى الجنائية إلا إذا كانت التعويضات المطلوبة تزيد على النصاب الذى يحكم فيه القاضى الجزئى نهائيا، وانطوى العيب الذى شابه الحكم على مساس بالدعوى المدنية. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول الدعوى المدنية على أن الطاعن ترك دعواه المدنية التابعة ورفع الدعوى ذاتها إلى المحكمة المدنية، ولم يتصل هذا الشق من الحكم بالأسباب التى تحمل قضاءه بالبراءة ؛ فإنه لا تكون للطاعن صفة أو مصلحة فيما يثيره من أسباب طعنه".[2]

رابعا: أما عن مخالفة نص المادة ٣/٦٣ إجراءات ورفع الدعوى الجنائية على خلاف ما نصت عليه المادة المشار إليها ؛ فان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة يعتبر من الدفوع التى تتعلق بالنظام العام، ويجوز التمسك به أمام محكمة النقض شريطة أن تكون مقومات الدفع واضحة من مدونات الحكم المطعون فيه. وفى ذلك قضت محكمة النقض أنه "وان كان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة بالمخالفة لمقتضى نص المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية، وإن كان متعلقا بالنظام العام، ويجوز إثارته أمام محكمة النقض إلا أن شرط ذلك أن تكون مقومات الدفع واضحة من مدونات الحكم المطعون فيه أو تكون عناصر هذا الدفع قد انطوت عليها الأوراق بغير حاجة إلى تحقيق موضوعى، وإلا كان الدفع غير جائز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض"[3] كما قضت بان "الدعوى إذا أقيمت ممن لا يملك رفعها قانونا يكون اتصال المحكمة بها معدوما ولا يحق لها أن تتعرض

١- نقض جنائى جلسة ٢١ نوفمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق٦٧٥ ص١٢١٤ .
٢- نقض جنائى جلسة ٢٧ يناير ١٩٨٢ ط٢٧٢٦ لسنة ٥١ ق س٣٣ ص٩٢ .
٣- جلسة ٦ يناير ١٩٨٠ س٣١ ص٣٥ ط رقم ٦٦٧ لسنة ٤٩ ق.

لموضوعها، فان هى فعلت كان حكمها وما بنى عليه من إجراءات معدوم الأثر، ولذا يتعين على المحكمة القضاء بعدم قبول الدعوى باعتبار أن باب المحاكمة موصد دونها إلى أن تتوافر لها الشروط التى فرضها الشارع لقبولها، وهو أمر من النظام العام لتعلقه بولاية المحكمة واتصاله بشرط أصيل لازم لتحريك الدعوى الجنائية ولصحة اتصال المحكمة بالواقعة"[1]

ونخلص مما تقدم إلى أن الدفع بانعدام الصفة الناشئ عن تحريك الدعوى الجنائية من غير ذى صفة يتعلق فى ثلاث حالات من حالاته بالنظام العام، وتلك الحالات هى:

١- مخالفة المادة ٨٥ من الدستور، التى توجب تحريك الدعوى الجنائية فى الجرائم المرتكبة من رئيس الجمهورية بأغلبية الثلثين من أعضاء مجلس الشعب، أو تلك الجرائم التى ترتكب من الوزراء.

٢- مخالفة الادعاء المباشر ممن لا يملك صفة فى رفعه دعواه المدنية، ومن ثم تحريك الدعوى الجنائية بالتبعية لها.

٣- مخالفة نصوص قانون الإجراءات التى تقصر رفع الدعوى الجنائية وتحريكها - قبل الموظفين والمستخدمين العموميين أو المحامين - على أعضاء بصفاتهم من النيابة العامة، كالنائب العام أو المحامى العام الأول أو المحامى العام أو رئيس النيابة.

٤- أما الحالة الرابعة: وهى مخالفة نصوص قانون الإجراءات الجنائية فى شأن حالات التصدى التى تمنح المحاكم سلطة تحريك الدعوى الجنائية، كقيام النيابة بتحريك الدعوى فى مثل هذه الحالات، فلا تتعلق بالنظام العام ؛ ولكن إذا خالفت المحاكم هذه النصوص وتجاوزت تحريك الدعوى الجنائية إلى

١- جلسة ٦ فبراير ١٩٧٧ س٢٨ ق٤٠ ص١٨٤، جلسة ١٦ يناير ١٩٩٤ س٤٥ ق١٣ ص٩٨، جلسة ١٢ أكتوبر ١٩٩٣ س٤٤ ق١٢٠ ص٧٨٢ .

مباشرتها بالمخالفة لهذه النصوص ؛ فان ذلك مما يرتب البطلان المتعلق بالنظام العام لتعلقه بأصل من أصول المحاكمات الجنائية.

١٨٢- أثر اتصال الدفع بانعدام الصفة بالنظام العام:

ويترتب على اتصال الدفع بالنظام العام الآثار التالية:

١- أن المحكمة ملزمة بالحكم بعدم قبول الدعوى، لرفعها من غير ذى صفة. فلا يجوز لها أن تقضى بوقف السير فى الدعوى إلى أن يأذن فى رفعها من يملك ذلك. فإن هى فعلت كان حكمها بالإيقاف قابلا للطعن بطريق الاستئناف والنقض. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان المقرر انه إذا كانت الدعوى قد أقيمت ممن لا يملك رفعها قانونا على خلاف ما تنص عليه المادتان ٢٣٢، ٦٣ من قانون الإجراءات، فإن اتصال المحكمة فى هذا الحالة بالدعوى يكون معدوما قانونا ولا يحق لها أن تتعرض لموضوعها بل يتعين عليها أن تقصر حكمها على القضاء بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة، إلى أن تتوافر لها الشروط التى فرضها الشارع لقبولها، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد أصاب القانون".[١]

٢- إن البطلان لا يصححه توجيه التهمة للمتهم بالجلسة وقبول المتهم ذلك صراحة أو عدم اعتراضه على رفع الدعوى من غير من لا يملك رفعها، أو أن ذلك لا يؤدى إلى اتصال المحكمة بالدعوى اتصالا قانونيا. وتطبيقا لذلك قضى بأن "توجيه التهمة من ممثل النيابة للمتهم وعدم اعتراضه على ذلك أمام المحكمة لا يصحح الإجراءات لأن الدعوى رفعت أصلا أمام المحكمة بغير الطريق القانونى".[٢]

١- نقض جنائى جلسة ٦ يونيه ١٩٧٧ س٢٨ ق١٤٨ ص٧٠٦، جلسة ٢١ نوفمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٧٥ ص١٢١٤، جلسة ٤ نوفمبر ١٩٩٩ ط رقم ١٠١٩١ لسنة ٦٠ ق لم ينشر بعد، د. مأمون سلامه: المرجع السابق ص٣٠٤، ص٣٠٥، د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين ص ٢٤٤ وما بعدها.

٢- نقض جنائى جلسة أول مارس ١٩٦٥ س١٦ ق٣٩ ص١٧٩ .

٣- أن للمحكمة كما سبق القول أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى، ولو أمام محكمة النقض شريطة أن تكون مقومات الدفع واضحة من مدونات الحكم المطعون فيه أو أن تكون عناصر هذا الدفع قد انطوت عليها الأوراق بغير حاجة إلى تحقيق موضوعى يخرج عن وظيفتها.[١]

٤- إذا دفع المتهم بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانونى وجب على المحكمة أن تحقق هذا الدفع وأن ترد عليه، وإلا تعيب حكمها بعيب الإخلال بحق الدفاع والقصور فى التسبيب. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه لم يعرض للدفع المبدى من الطاعن برغم تعلقه بتحقيق دفاع جوهرى يتصل بمدى صحة اتصال المحكمة بالدعوى وما إذا كان يحق لها أن تتعرض لموضوعها وتفصل فيه، بحيث إن صح هذا الدفع تغير وجه الرأى فى الدعوى، فقد كان على المحكمة أن تعرض فى حكمها لهذا الدفع وتمحصه وان تبين العلة من عدم إجابته إن هى رأت اطراحه، أما وأنها لم تفعل، والتفتت عنه فان حكمها يكون معيبا بالقصور فى التسبيب".[٢]

٥- لا يحق للمحكمة فى مواد الجنح إذا ما رفعت إليها الشكوى دون مراعاة قواعد الاختصاص المشار إليها فى رفعها، فان اتصال المحكمة بها فى هذا الحال يكون معدوما، ولا يحق لها أن تتعرض لموضوعها وإلا كان حكمها وما بنى عليه من إجراءات معدوم الأثر، فإذا استؤنف هذا الحكم ؛ فان المحكمة الاستئنافية لا تملك عند رفع الأمر إليها أن تتصدى لموضوع الدعوى وتفصل فيه، بل يتعين عليها أن تقصر حكمها على القضاء ببطلان الحكم

١- نقض جنائى جلسة ٦ يناير ١٩٨٠ س٣١ ق٦ ص٣٥، جلسة ١٢ أكتوبر١٩٩٣ س٤٤ ق١٢٠ ص٧٨٢ .
٢- حكم النقض المشار إليه س٤٤ ق١٢٠ ص٧٨٢، ١٦ يناير١٩٩٤ س٤٥ ق١٣ ص ٩٨ .

المستأنف وعدم قبول الدعوى باعتبار أن باب المحكمة موصد أمامها.[1]

٦- رفع الدعوى ممن لا يملك رفعها، وهو إجراء باطل لا ينتج أثرا فى قطع التقادم.[2] ويعتبر الدفع بانعدام الصفة السالف بيانه ذو طابع أولى، باعتبار أن المحكمة التى تتولى الفصل فيه هى ذات المحكمة التى تتولى الفصل فى الدعوى الأصلية حسب المعيار الذى سرنا على نهجه فى هذا البحث فى بيان الطبيعة الإجرائية للدفع عل وجه العموم.

١- نقض جنائى جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٧٢ س٢٣ ق٣٠٩ ص١٣٧٤، نقض جلسة ٤ نوفمبر ١٩٩٩ لم ينشر بعد وسالف الإشارة إليه ط رقم ١٠١٩١ لسنة ٦٠ ق.

٢- نقض جنائى جلسة ١٦ أبريل ١٩٧٣ س٢٤ ق١٠٧ ص٥١٦، ٢٤ يونيو ١٩٧٣ س٢٤ ق١٥٩ ص٧٦٥ .

المطلب الثانى
الدفع بورود قيد على سلطة الادعاء

١٨٣- مضمون الدفع بورود قيد على سلطة الادعاء:

قدمنا فى المطلب السابق أن النيابة هى صاحبة الاختصاص الأصيل والصفة الحقيقية فى تحريك الدعوى الجنائية، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وشاركها فى هذا الاختصاص جهات أخرى على النحو المبين سلفا، وبحيث إذا لم يتم تحريك الدعوى من النيابة أو من تلك الجهات على النحو الذى رسمه القانون. فإن الدفع الموجه للخصومة الجنائية فى هذه الحالة يعتبر دفعا "بانعدام صفة رافع الدعوى".

أما فى هذا المطلب فالصفة متوافرة فى رافع الدعوى - النيابة العامة - ولكن يحد من قدرته فى تحريكها قيود ؛ نص عليها المشرع، بحيث إذا لم تراع قبل تحريك الدعوى فيمكن للمدعى عليه فى الخصومة الجنائية]المتهم[أن يدفع بورود قيد على سلطة الادعاء لم يراع قبل تحريك الدعوى، وتقضى المحكمة فى هذه الحالة - إذا ما تحققت من صحة الدفع - بعدم قبول الدعوى لرفعها أو تحريكها بغير الطريق القانونى، الذى يتمثل فى عدم مراعاة هذا القيد.

والقيود التى يدفع بها المدعى عليه (المتهم) فى صورة دفوع والتى ترد على سلطة النيابة العامة فى تحريك الدعوى الجنائية هى الشكوى والطلب والإذن. فحيث تتوافر هذه القيود لا يجوز للنيابة العامة أن تحرك الدعوى الجنائية على الرغم من توافر جميع أركان الجريمة وشروط المسئولية عنها. ويعنى ذلك تقييد

السلطة التقديرية للنيابة العامة، إذ هى لا تستطيع تحريك الدعوى الجنائية على الرغم من أنها قد ترى ملاءمة ذلك.[1]

ولهذه القيود طبيعة إجرائية خاصة، فهى عقبات تعترض تحريك الدعوى الجنائية، وجزاء تحريكها على الرغم من توافر القيد، أى على الرغم من عدم تقديم الشكوى أو الطلب أو الحصول على الإذن، هو "عدم قبول الدعوى"وليس براءة المتهم - كما سبق القول - والتكييف الإجرائى للشكوى أو الطلب أو الإذن أنه أحد" المفترضات الإجرائية "أى انه مفترض لصحة تحريك الدعوى الجنائية. وطبقا لهذا التكييف لا يجوز القول بأن الشكوى أو الطلب أو الإذن "شرط عقاب"، ومن باب أولى لا يجوز وصفه بأنه عنصر أو ركن فى الجريمة ؛ فجميع أركان الجريمة متوافرة على الرغم من عدم تقديم شكوى، والعقوبة مستحقة كذلك، ولكن السبيل إلى توقيعها قد انغلق لعقبة إجرائية عارضة، فإذا ارتفعت انفتح ذلك السبيل. ولهذه القيود طبيعة استثنائية، إذ الأصل أن للنيابة العامة الاختصاص المطلق بتحريك الدعوى الجنائية. ونتيجة لهذا الطابع الاستثنائى تعين تفسير النصوص التى وردت فى شانها تفسيرا ضيقا، فلا يجوز التوسع فى تفسيرها أو القياس عليها.

١٨٤- تعلق هذه القيود بالنظام العام:

تتعلق هذه القيود - جميعها - بالنظام العام، ومن ثم لم يكن للمتهم أن يتنازل عن القيد ويقبل محاكمته، وللمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها عدم قبول الدعوى فى أى حالة كانت عليها، وعلى النيابة أن تدفع بذلك، على الرغم من

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات الجنائية ص١١٢ - د. مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية ص٥٣ وما بعدها - د. رءوف عبيد: الإجراءات الجنائية ط١٩٧٤ ص٦٤ - د. احمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون الإجراءات ط ١٩٩٣ ص٤٠٠ وما بعدها - د. حسنين عبيد: شكوى المجنى عليه ط١٩٧٢ رقم٣٠ ص٨٠ - د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين ص٧١ وما بعدها.

أنها التى أقامت الدعوى. ويترتب على ذلك أن جميع إجراءات الدعوى التى تتخذ قبل ارتفاع القيد تعد باطلة بطلانا متعلقا بالنظام العام، ولا يصححها تقديم الشكوى، أو الطلب بعد ذلك. ويترتب على ذلك أيضا وجوب أن يتضمن حكم الإدانة ما يشير فى وضوح إلى ارتفاع القيد الذى علق عليه القانون تحريك الدعوى، وإلا كان حكمها "قاصر التسبيب". والأثر الذى يترتب على ارتفاع القيد بتقديم الشكوى أو الطلب أو صدور الإذن هو استرداد النيابة العامة حريتها فى تحريك الدعوى بحيث يصير وضعها كما لو كانت بصدد جريمة لا يضع القانون فيها على سلطتها قيدا .

ونتيجة لذلك فإن النيابة لا تلتزم بتحريك الدعوى حين يرتفع القيد، وإنما تكون لها السلطة التقديرية فى تحريكها. وعلى سبيل المثال ؛ فإن للنيابة أن تمتنع عن تحريك الدعوى فى شأن جريمة يعلق القانون الدعوى الناشئة عنها على شكوى، وذلك على الرغم من تقديم الشكوى. ومحل هذه القيود هو "السلطة التقديرية للنيابة العامة فى تحريك الدعوى الجنائية". وبناء على ذلك فهى لا ترد على حق المدعى المدنى فى تحريك هذه الدعوى إذا توافرت شروط الادعاء المباشر. وعلى سبيل المثال فإنه إذا علق القانون تحريك الدعوى على شكوى ؛ كان للمجنى عليه تحريكها، وكانت دعواه مقبولة دون اشتراط أن يكون قد سبق ادعاءه تقديم الشكوى ؛ بل إن ادعاءه يعد فى ذاته شكوى.[1]

١٨٥- الفروق بين القيود على سلطة الادعاء :

هناك فروق بين هذه القيود أهمها:

١- أن الشكوى يجوز أن تكون شفوية أو كتابية، أما الطلب فيتعين أن يكون كتابيا ويحيط القانون الإذن بإجراءات خاصة.

٢- وتصدر الشكوى عن المجنى عليه وهو فى الغالب فرد، أما الطلب أو

١- نقض جلسة ٢٦ يناير ١٩٧٦ س٢٧ ق٢٦ ص١٣٤ - جلسة ٢١ أبريل ١٩٨٠ س٣١ ص٥٤٤ .

الإذن فيصدران من سلطة عامة.

٣- ولا يتقيد الطلب أو الإذن بمدة سقوط، وذلك خلافا للشكوى التى اشترط القانون تقديمها فى خلال ثلاثة شهور من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمرتكبها.

٤- ولا تسرى على الطلب أو الإذن أحكام السقوط بالوفاة، وذلك خلافا للشكوى التى ينقضى الحق فى تقديمها بوفاة المجنى عليه.

٥- ويجوز التنازل عن الشكوى والرجوع فى الطلب، أما الإذن فلا رجوع عنه.[1] وسوف نتعرض فى إيجاز للدفوع التى تثور بمناسبة كل قيد، والآثار المترتبة عليها وذلك فى ثلاثة فروع على النحو التالى:

١- انظر فى المقارنة بين هذه القيود د. توفيق الشاوى: فقه الإجراءات الجنائية ق رقم١٥١ ص٢٠١،ق رقم١٧٢ ص٢٢١ .

الفرع الأول
الدفوع المتفرعة عن قيد الشكوى

١٨٦- أثر الارتباط على الدفع بعدم مراعاة قيد الشكوى:

لما كانت الشكوى ذات طبيعة استثنائية كقيد إجرائى لورودها على خلاف الأصل الذى يقرر للنيابة العامة السلطة التقديرية فى تحريك الدعوى ؛ فإن إشارة الشارع إلى الجرائم التى تعلق الدعوى الناشئة عنها على شكوى المجنى عليه - يتعين أن تكون - على سبيل الحصر، فلا تجوز الإضافة إليها، إلا انه قد يحدث فى العمل أن يرتكب الجانى فعلا واحدا تقوم به جريمتان، إحداهما يعلق القانون الدعوى الناشئة عنها على الشكوى، والأخرى لا ترتهن الدعوى الناشئة عنها على شكوى، وقد يرتكب الجانى عددا من الأفعال المتميزة التى بينها ارتباط لا يقبل التجزئة أو يقبلها، ويعلق القانون الدعوى الناشئة عن إحداهما على شكوى، بينما لا تتعلق الثانية على قيد الشكوى ؛ فما هو الموقف فى هذه الأحوال، وأى من الدفوع يمكن التمسك بها فى مثل هذه الحالات؟

أولا: فى حالة تحقق التعدد المعنوى، فقد استقر قضاء محكمة النقض على امتداد قيد الشكوى إلى الفعل بأوصافه جميعا. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "اتهام شريك الزوجة الزانية - بالإضافة إلى الزنا - بجريمة الدخول فى منزل بقصد ارتكاب جريمة فيه وإن كان لم ينشأ إلا عن فعل واحد، مما تتحقق به حالة التعدد المعنوى، فإن القيد الخاص بالشكوى

بالنسبة لجريمة الاشتراك فى الزنا يمتد إلى الجريمة الثانية".[1] ومن ثم إذا ما قدم المتهم للمحاكمة بجريمة دخول مسكن وبقصد ارتكاب جريمة، حالة أن الزوج - المجنى عليه - لم يقدم شكوى ضده بالاشتراك فى جريمة الزنا، فيستطيع المتهم المذكور أن يدفع هذه التهمة الأولى بعدم جواز تحريك الاتهام ضده فيها لعدم تقديم شكوى ضده في جريمة الاشتراك فى الزنا ؛ إذ البحث فى جريمة دخول منزل بقصد ارتكاب جريمة يقتضى حتما التعرض للاشتراك في الزنا، وهو ما لا يريد الشارع الخوض فيه إلا إذا قدم الزوج - المجنى عليه - شكواه.

ثانيا: أما إذا تحقق التعدد المادى بين جريمة يتطلب القانون فيها الشكوى، وأخرى لا يتطلبها فيها، وكان بينهما ارتباط لا يقبل التجزئة ؛ فإن قيد الشكوى لا يمتد إلى هذه الأخيرة، فمثلا إذا اشتركت الزوجة وعشيقها فى تزوير عقد زواج لإخفاء جريمة الزنا التى ارتكباها، جاز للنيابة إقامة الدعوى عليها من اجل الاشتراك فى التزوير ؛ ولو لم يقدم الزوج شكوى من أجل الزنا، استنادا إلى أن تقييد حرية النيابة فى تحريك الدعوى الجنائية أمر استثنائى ينبغى عدم التوسع فى تفسيره، وقصره فى أضيق نطاق سواء بالنسبة إلى الجريمة التى خصها القانون بضرورة تقديم الشكوى عنها أو بالنسبة لشخص المتهم دون الجرائم الأخرى المرتبطة بها، والتى لا تلزم فيها الشكوى، والقول بغير ذلك يؤدى إلى توقف الدعوى الجنائية حالا بعد حال، كلما جد من الوقائع جديد يقتضى تقديم شكوى، الأمر الذى تتأذى منه العدالة الجنائية ومن ثم فإن إثارة المتهم دفعا فى هذا الخصوص - بعدم تقديم شكوى فى جريمة الزنا ؛ مما يقيد النيابة فى تحريك الدعوى ضده فى جريمة التزوير - يكون غير سديد.[2] ومن باب أولى فإنه إذا لم يكن بين الجريمتين الارتباط غير القابل

١- نقض جنائى جلسة ٨ ديسمبر ١٩٥٩ س١٠ ق٢٠٤ ص ٩٩٢ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٥ فبراير ١٩٦٢ س١٦ ص١٢٤، جلسة ١٦ أكتوبر ١٩٨٨ س٣٩ ق١٣٧ ص٩١٤ .

للتجزئة، وإنما كان الارتباط بينهما بسيطا، جاز للنيابة العامة إقامة الدعوى - دون شكوى - من أجل الجريمة التى لم يعلق القانون الدعوى الناشئة عنها على شكوى أو طلب. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون ٤٠ لسنة ١٩٦٦ قد خلا من أى قيد على حرية النيابة العامة فى تحريك الدعوى الجنائية عن جريمة جلب المخدرات، وهى جريمة مستقلة ومتميزة بعناصرها القانونية عن جريمة التهريب الجمركى، فلا حرج على النيابة إن هى باشرت التحقيق فى جريمة الجلب رجوعا إلى حكم الأصل فى الإطلاق، ويكون تحقيقها صحيحا فى القانون، سواء فى خصوص جريمة الجلب أو ما يسفر عنه من جرائم أخرى مما يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها على طلب، ما دامت قد حصلت قبل رفعها الدعوى إلى جهة الحكم على طلب".[1] ومن ثم إذا تمسك المتهم بدفع انعدام توافر القيد بالنسبة لجريمة جلب المخدرات ؛ فإن دفعه يكون غير قائم على أساس. ويبين من حكم النقض السابق أن الحكمة من هذه الحالات متحققة فى قيد الطلب والإذن بما يغنى عن العودة إليها عند التحدث عن كل قيد على حدة فى الفروع التالية.

١٨٧- الصفة فى تقديم الشكوى:

صاحب الصفة والحق فى تقديم الشكوى هو المجنى عليه فى الجريمة، وليس المضرور من الجريمة. وأهلية الشكوى هى بلوغ الخامسة عشر، فمن كان دون هذه السن انتقلت لديه أهلية الشكوى - وصح الدفع بذلك - إذا ما تمسك به صاحب المصلحة فيه. على أن انتفاء أهلية الشكوى على النحو السالف بيانه تجيز لمن له الولاية على المجنى عليه فى هذه السن المبكرة أن

١- نقض جنائى جلسة ٢٧ ديسمبر ١٩٨٣ س٣٤ ص١٠١٤ .

يتقدم بالشكوى نيابة عنه،[1] غير انه إذا توفى المجنى عليه فلا محل للشكوى التى يتقدم بها وليه.

١٨٨- انقضاء الحق فى الشكوى:

أولا: ينقضى الحق فى الشكوى بوفاة من له هذا الحق أو بمضى المدة المقررة لتقديم الشكوى وهى ثلاثة اشهر، بحيث إذا لم تقدم من صاحب الصفة خلال تلك المدة، من يوم علمه بالجريمة ومرتكبها، فيسقط الحق فى تقديمها، ويستطيع مبدى الدفع أن يتمسك به فى هذه الحالة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "حق المجنى عليه فى الشكوى ينقضى بمضى ثلاثة اشهر من يوم علمه بالجريمة ومرتكبها، دون أن يتقدم بشكواه، ويكون اتصال المحكمة فى هذه الحالة بالدعوى معدوما، ولا يحق لها أن تتعرض لموضوعها، فإن هى فعلت كان حكمها وما بنى عليه من إجراءات معدوم الأثر، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى الجنائية والدعوى المدنية التابعة لها فى هذه الحالة هو دفع جوهرى يتعين على محكمة الموضوع أن تعرض له وتمحصه وتقول كلمتها فيه بحيث يستطاع الوقوف على مسوغات ما قضت به، ويحقق الغرض الذى قصده الشارع من استيجاب تسبيب الأحكام، وحتى يمكن لمحكمة النقض أن تراقب صحة تطبيق القانون على الواقعة، كما صار إثباتها بالحكم، فمتى كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بإدانة الطاعن دون أن يعرض للدفع المبدى منه إيرادا له وردا عليه، فإنه يكون معيبا بالقصور الذى يبطله".[2] غير انه إذا كان اشتراط تقديم الشكوى من المجنى عليه خلال ثلاثة أشهر هو فى حقيقته قيد وارد على النيابة العامة - فى استعمال الدعوى الجنائية - فإنه لا يمس حق المدعى المدنى أو من ينوب عنه بأية صورة من

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات الجنائية - المرجع السابق ص١٢٥ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٥ س٤٦ ق٥١ ص٣٥٠ .

الصور فى حدود القواعد العامة أن يحرك الدعوى أمام محكمة الموضوع مباشرة عن طريق الدعوى المباشرة إذا كان قد تقدم بشكوى عن الواقعة خلال الثلاثة اشهر المتقدم بيانها إلى النيابة العامة أو أحد مأمورى الضبط القضائى وتراخى تحقيقها أو التصرف فيها إلى ما بعد فوات هذه المدة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "يجوز للمجنى عليها فى هذه الحالة أن تلجأ إلى طريق الادعاء المباشر ؛ لأنه يكون قد حفظ حقها من السقوط بتقديمها الشكوى فى الميعاد وأبان عن رغبتها فى السير فيها، فضلا عن أنه لا يصح أن تتحمل مغبة إهمال جهة التحقيق أو تباطئها، لما كان ذلك فإن قيام المدعية بالحقوق المدنية بتقديم شكواها فى الميعاد القانونى قد حال دون سقوط حقها فى إقامة دعواها المباشرة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى إلى أنها لم تقم دعواها إلا بعد مضى ثلاثة اشهر من يوم علمها بالجريمة ورتب على ذلك الاستجابة للدفع بعدم قبول الدعويين الجنائية والمدنية، فإنه يكون قد اخطأ فى تفسير القانون، بما يوجب نقضه".[1]

ثانيا: ينقضى الحق فى الشكوى كذلك بالتنازل عنها بعد تقديمها طبقا للمادة ١٠ من قانون الإجراءات، وتنقضى الدعوى المدنية تبعا لذلك وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان قانون الإجراءات الجنائية قد نص فى المادة الثالثة على أنه لا يجوز أن ترفع الدعوى إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة أو إلى حد مأمورى الضبط القضائى فى جرائم معينة نص عليها فى هذه المادة، ونص فى المادة العاشرة على انه لمن قدم الشكوى أن يتنازل عنها فى أى وقت إلى أن يصدر فى الدعوى حكم نهائى، وكان المتهم قد دفع بتنازل المدعى بالحقوق المدنية عن شكواه وطلب إثبات تركه الدعوى المدنية، فان الحكم المطعون فيه إذ اغفل الرد على هذا الدفع وقضى بتأييد الحكم المستأنف القاضى بإدانة

١- نقض جنائى جلسة ٩ يناير ١٩٩٦ س٤٧ ق٣ ص٣٦ .

الطاعن، يكون قد خالف القانون مما يتعين تصحيحه والحكم بانقضاء الدعوى الجنائية بالتنازل".[1]

١٨٩- الدفوع المتفرعة عن قيد الشكوى والآثار الإجرائية المترتبة عليها:

١- يترتب على التقدم بالشكوى أن يرتد إلى النيابة العامة حقها فى تحريك الدعوى ورفعها على المتهم. ولها أن تباشر جميع إجراءات التحقيق ورفع الدعوى كما تشاء وكما يتراءى لها. فهى غير ملزمة بتحريك الدعوى أو رفعها، كما أن لها أن تصدر أمرا بحفظ الأوراق إذا رأت انه لا محل للسير فى الدعوى، أو تصدر أمرا بألا وجه لاقامة الدعوى الجنائية لعدم كفاية الأدلة، أو لأن الواقعة غير معاقب عليها.[2]

٢- فى جميع الأحوال التى يشترط القانون لرفع الدعوى شكوى من المجنى عليه، لا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها إلا بعد تقديم هذه الشكوى ؛ فإذا حركت الدعوى الجنائية سواء بتحقيق أجرته النيابة العامة بوصفها سلطة تحقيق أو برفع الدعوى الجنائية أمام جهات الحكم قبل تمام الإجراء الذى تطلبه القانون فى هذا الشأن، وقع هذا الإجراء باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ؛ لاتصاله بشرط أصيل لازم لتحريك الدعوى الجنائية ولصحة اتصال المحكمة بالواقعة ويتعين على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها وتبطل إجراءات التحقيق كافة، ما تعلق منها بشخص المتهم كالقبض عليه أو حبسه أو ما لم يكن منها ماسا بشخصه كسؤال الشهود".[3]

١- نقض جنائى جلسة ٣١ ديسمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق٢١١ ص١٤٦٢، ٧ سبتمبر ١٩٩٢س٤٣ ق١٠٦ ص٧٠٤ .

٢- د.مأمون سلامة: الإجراءات. المرجع السابق ص٨٨ د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق ص١٢٩ بند١٢٧ .

٣- نقض جنائى جلسة ١٥ يونية ١٩٩٣ س٤٤ ق٩١ ص٦٠٢ .

٣- الدفوع المترتبة على عدم الالتزام بقيد الشكوى أو بتقديمها بعد انقضاء الحق في رفعها بالسقوط أو بالتنازل عنها بعد رفعها، أو ممن لا صفة له فى التنازل، أو فى الجرائم المرتبطة فى حالة تعلق إحداها على شكوى، وعدم تعلق الثانية عليها، تتعلق جميعها بالنظام العام شأنها شأن سائر الدفوع المتعلقة بتحريك الدعوى الجنائية، ويجوز التمسك بها فى أى مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض شريطة أن تكون مقومات الدفع واضحة فى مفردات الطعن.

٤- يترتب على صحة الدفع بعدم قبول الدعوى الجنائية - لانقضاء الحق فى رفعها بمضى المدة المسقطة لرفعها، أو للتنازل عنها - الحكم بعدم قبول الدعوى الجنائية، وعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها،[1] وخلو الحكم من الرد على الدفع بقبول الدعوى الجنائية والمدنية لمضى أكثر من ثلاثة أشهر على علم المجنى عليها بالجريمة، يعيب الحكم بالقصور المبطل.[2]

٥- وللدفع بانعدام القيد الوارد بالمادة ٣ من قانون الإجراءات والخاص بالشكوى وما يصاحبه من دفوع أخرى - سلفت الإشارة إليها - طبيعة أولية، حسب المعيار المتبع فى البحث، من أن المحكمة التى تفصل فى الدعوى هى التى تتولى الفصل فيه.

١- نقض جنائى جلسة ٩ يوليو سنة ١٩٩٢ س٤٣ ق٩٤ ص٦٢٦، جلسة ٤ يناير ١٩٩٣ ط رقم ٨٨٧٧ لسنة ٥٩ ق غير منشور وجلسة ١٠ مارس ١٩٩٧ طعن رقم ١٢٥٢٢ لسنة ٦٠ ق لم ينشر بعد.
٢- نقض جلسة ٢١ أكتوبر ١٩٨٧ س٣٨ ق١٤٩ ص٨٢٥ .

الفرع الثانى
الدفوع المتفرعة عن الطلب

١٩٠- الدفوع المتفرعة عن الطلب والآثار الإجرائية المترتبة على التمسك بها:

الطلب - باعتباره قيدا على حق النيابة صاحبة الصفة فى تحريك الدعوى الجنائية - يتطابق تماما مع شكوى المجنى عليه من حيث طبيعة القيد وقصد المشرع منه، والآثار المترتبة عليه، لكنه يختلف عن الشكوى بحسبانه عملا إداريا لا يعتمد على إرادة فرد ولكن على إرادة سلطة عامة فى الدولة فى أن تتخذ الإجراءات الناشئة عن جريمة ارتكبت إخلالا بقوانين تختص هذه السلطة بالسهر على تنفيذها.[1]

ومن ثم تختلف الدفوع التى تتفرع منه عن الدفوع التى تتفرع عن الشكوى فى بعض الحالات:

أولا: فهو لا يكون إلا كتابيا، بعكس الشكوى التى قد تكون شفهية أو كتابية من المجنى عليه، ويترتب على ذلك أ نه فى بعض الجرائم ؛ كالجرائم التى ترتكب بالمخالفة لأحكام تنظيم التعامل بالنقد الأجنبى رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦, فقد اشترط المشرع فى المادة ٢/١٤ من هذا القانون أنه لا يجوز رفع الدعوى الجنائية بالنسبة لهذه الجرائم إلا بناءً على طلب الوزير المختص أو من ينيبه.

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات الجنائية ص١٣٤، د. أحمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون الإجراءات سالف الإشارة إليه ص٤١٨، د. مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية ص٩٨، د. رءوف عبيد: الإجراءات الجنائية ص٨٥، شرح قانون العقوبات التكميلى طبعة ١٩٧٩ دار الفكر العربى ص٥٥٨ .

ويتوقف قبول تحريك الدعوى الجنائية على صدوره من الجهة المختصة. ومن ثم فإنه يعد من البيانات الجوهرية فى الحكم، مما يلزم لسلامة الحكم أن ينص فيه على صدوره وإلا كان باطلا، ولا يعصمه من عيب هذا البطلان ثبوت صدور ذلك الطلب بالفعل، فإذا أغفل الحكم النص فى أسبابه على صدور ذلك الطلب ؛ وجاءت هذه الأسباب خالية من بيان صدوره، فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم مراعاة قيد الطلب، يكون سديدا، مما يتعين معه نقض الحكم".[1]

ثانيا: يجمع بين الشكوى والطلب جواز التنازل عنهما طبقا للمادة ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية، إلا أن القانون لم يتطلب تقديم الطلب خلال فترة زمنية من وقت الجريمة كما فعل فى صدد الشكوى ؛ ومن ثم فان الحق فى الطلب يظل قائما حتى تسقط الدعوى الجنائية بمضى المدة المقررة قانونا فى المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية. فإذا سقطت الجريمة بالتقادم، أو سقطت الدعوى الجنائية بمضى المدة، فلا يجوز التقدم بالطلب وإذا قدم بعد هذا التاريخ، ودفع المدعى عليه بسقوطه انتج هذا الدفع أثرا، وتعين على المحكمة إجابته إليه.[2] على أنه إذا كان الحق فى التنازل قائما، فهو يجوز تقديمه فى أى حالة كانت عليها الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائى فيها، ويجوز التنازل أمام محكمة النقض، وتنقضى بذلك الدعوى الجنائية، وفى حالة تعدد الجهات المجنى عليها لا يعتبر التنازل إلا إذا صدر من جميع من قدموا الشكوى، ويعد التنازل من أحد المتهمين فى نفس الواقعة تنازلا بالنسبة للباقين، عملا بقاعدة وحدة الواقعة، كما يشترط أن يكون التنازل بالكتابة أسوة بالطلب.

١- نقض جنائى جلسة ٢٨ أبريل ,١٩٩٩ الطعن رقم ١٦٦٩٦ لسنة ٦٣ ق لم ينشر بعد.
٢- نقض جنائى جلسة ٢٧ أكتوبر ١٩٩١ س٤٢ ق١٤٨ ص١٠٧٠، ٩ مايو ١٩٨٩ س٤٠ ق٩٤ ص٥٧٠ .

ثالثا: فيما عدا ما تقدم فيأخذ الطلب من حيث الآثار، حكم الشكوى تماما؛ فقبل التقدم بالطلب لا يجوز للنيابة العامة أو مأمورى الضبط اتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق ولا رفع الدعوى ؛ وإلا بطل الإجراء بطلانا من النظام العام، وبطل الحكم المترتب على الإجراءات الباطلة، وتعتبر الدفوع المتفرعة عن الطلب - سواء بعدم القبول لعدم صدور طلب من الجهة المختصة، أو بانقضاء الحق فى الطلب بالتنازل - متعلقة بالنظام العام بما يرتبه ذلك من آثار، وهى من الدفوع الأولية، شأنها فى ذلك شأن الدفوع المتفرعة عن الشكوى بحسب المعيار الذى سرنا على نهجه فى بيان الطبيعة الإجرائية للدفع.

الفرع الثالث
الدفوع المتفرعة عن قيد الإذن

١٩١- تمهيد:

لما كان قيد الأذن يعنى تصريح هيئة باتخاذ الإجراءات الجنائية ضد شخص منتم إليها، فقد علق القانون اتخاذ هذه الإجراءات على هذا الإذن، توفيرا لاستقلال بعض الهيئات ولتفادى أن يكون اتخاذ الإجراءات ضد المنتمين إليها سلاحا لتهديدهم، أو وسيلة للضغط عليهم على نحو معين. وينطوى الإذن على تقرير حصانة لبعض الأشخاص بصفاتهم، وهى مقررة من أجل اعتبارات تتعلق بالصالح العام، وليس من أجل مصلحة شخصية.[١] وأهم حالتين للإذن كقيد وحصانة إجرائية هما: الحصانة البرلمانية والحصانة القضائية، فضلا عن إذن ولى الأمر فى اتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق أو الاستدلال ضد الحدث،[٢] ويثير تطبيق النصوص المنظمة لكل منهما بعض المشكلات رأينا أن نتعرض لها - بشىء من الإيجاز - لما يمكن أن تمثله كدفوع متفرعة من كل إذن منها فى الواقع العملى أثناء التطبيق. وما يترتب على التمسك بها من آثار إجرائية.

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات الجنائية ص١٣٨ وما بعدها، د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين والقائمين بأعباء السلطة العامة ص٧١ وما بعدها، د. رءوف عبيد: الإجراءات الجنائية ص٨٨ .

٢- المادة ٢٠٢ فقرة ٨ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ الخاص بالطفل.

١٩٢- أولا: الدفوع المتفرعة عن قيد الحصانة البرلمانية:

نصت المادة ٩٩ من الدستور المصرى على أنه "لا يجوز فى غير حالة التلبس بالجريمة اتخاذ أية إجراءات جنائية ضد عضو مجلس الشعب إلا بإذن سابق من المجلس. وفى غير دور انعقاد المجلس يتعين إذن رئيس المجلس. ويخطر المجلس عند أول انعقاد له بما اتخذ من إجراء". وهذه الحصانة مقصورة على عضو مجلس الشعب أو عضو مجلس الشورى عملا بنص المادة ٢٠٥ من الدستور، دون أعضاء المجالس المحلية، ويتمتع العضو بالحصانة بمجرد انتخابه، وتزول عنه فى حالة زوال صفته كعضو برلمانى بانعقاد مجلس جديد منتخب، وتمتد إلى جميع الجرائم، يستوى فى ذلك الجنايات والجنح والمخالفات، ويقدم الطلب برفع الحصانة من ذى الصفة فى تحريك الدعوى الجنائية (النيابة - المدعى بالحق المدنى) ، وتثير هذه الحصانة مسألتين نستعرضهما على النحو التالى:

أ) وقت توافر صفة العضوية:

لا صعوبة فى الأمر إذا أراد صاحب الاختصاص فى تحريك الدعوى اتخاذ الإجراءات الجنائية ضد من يتمتع بصفة العضوية، فتصدق الأحكام السابقة بتمامها.[1] ولكن الصعوبة تظهر إذا ما اتخذت إجراءات ضد شخص ما ثم أصبح عضوا بالمجلس بالانتخاب، حيث يثور التساؤل عن مصير الإجراءات المتخذة؟

وقد اتجه الرأى الغالب فى الفقه[2] المصرى إلى عدم جواز متابعة الإجراءات إلا بعد صدور إذن من المجلس أو من رئيسه بذلك على حسب

١- د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين - المرجع السابق ص٩١ .

٢- د. محمود مصطفى: الإجراءات فقرة ٧٢ ص١٠٠، د. نجيب حسنى: الإجراءات فقرة ١٤٩ ص١٤٧، ١٤٨، د. محى الدين عوض: الإجراءات فقرة ١٢٠ ص٩٧، د. فوزية عبد الستار: الإجراءات فقرة ١٠٥ ص١٢٥ .

الأحوال ؛ لأن فى القول بغير ذلك إجازة اتخاذ بعض الإجراءات ضد من اكتسب صفة العضوية بدون الإذن المقرر. ويتقيد ذلك بطبيعة الحال بضرورة ألا تكون الإجراءات المتخذة قبل الانتخاب تتعلق بجريمة متلبس بها. إلا أن محكمة النقض خالفت هذا الرأى حينما قالت فى أحد أحكامها "متى كانت الدعوى العمومية قد رفعت بإجراءات صحيحة على المتهم قبل أن ينتخب عضوا فى البرلمان، وكانت المحكمة تجهل أن المتهم انتخب بعد ذلك ؛ فإن إذن البرلمان بعد أن تنبهت المحكمة يمنع من القول ببطلان الإجراءات التى تمت ضد المتهم إثر انتخابه".[1]

ولكن غالب الفقه انتقد هذا القضاء تأسيسا على أن الإجراء الذى يتخذ بعد انتخاب المتهم دون استئذان المجلس باطل بحسب النص، وليس من شأن جهل المحكمة بانتخاب المتهم أن يغير حكم القانون فى هذا الشأن.[2] ولا شك أن هذا الانتقاد فى موضعه إذا أخذ فى الاعتبار أن صفة العضوية وما يتصل بها من حصانة إجرائية تثبت للعضو منذ انتخابه - أو انعقاد المجلس بحسب الأحوال - وهى تحول دون اتخاذ أى من الإجراءات الجنائية أو الاستمرار فيها. خاصة وان محكمة النقض قد خالفت هذا القضاء السابق فى حكم حديث لها بقولها "مؤدى نص المادة ٩٩ من دستور جمهورية مصر العربية فى فقرتها الأولى والثانية والتى يسرى حكمها على أعضاء مجلس الشورى بنص المادة ٢٠٥ من الدستور، هو عدم جواز تحريك الدعوى الجنائية قبل صدور الإذن بذلك من المجلس أو رئيسه، فإذا ما رفعت الدعوى الجنائية قبل صدور الإذن من الجهة التى ناطها القانون به، وقع ذلك الإجراء باطلا ولا يصححه الإذن اللاحق، وهو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام، لاتصاله بشرط أصيل

١- نقض جنائى جلسة ٢٦ أبريل ١٩٤٩ مجموعة القواعد ج ٧ ق٨٤٤ ص٨٥١ .

٢- د. نجيب حسنى: الموضع السابق، د. محمود مصطفى: الإجراءات هامش ١ ص١٠١ د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية ص٩٣ .

لازم لتحريك الدعوى الجنائية، ولصحة اتصال المحكمة بالواقعة ويتعين على المحكمة القضاء بها من تلقاء نفسها".[1] فكأنها بذلك الحكم قد سايرت الاتجاه الغالب فى الفقه المصرى، أما فى حالة وقوع جريمة من النائب أثناء فترة نيابته وزوال صفة العضوية عنه بعد ذلك ؛ فإنه يجوز اتخاذ كافة الإجراءات الجنائية ضده دون قيد، ولو عن جريمة وقعت منه وهو عضو فى المجلس، فالعبرة دائما بتوافر صفة العضوية وقت مباشرة الإجراء، بصرف النظر عن وقت وقوع الجريمة.[2]

ونخلص مما تقدم أن العبرة فى مباشرة الإجراءات الجنائية بمراعاة قيد الإذن من المجلس أو رئيسه بالنسبة للعضو، تكون منذ الفترة التى يكتسب صفته فيها كعضو بالمجلس بالانتخاب وتظل معه طالما يتمتع بهذه الصفة، وتزول عنه فى حالة زوال صفته كعضو برلمانى بانعقاد مجلس جديد منتخب. وبحيث لو اتخذت ضده أي إجراءات جنائية طوال هذه الفترة دون مراعاة قيد الإذن، أمكنه الدفع بذلك ويكون الجزاء فى هذه الحالة هو قضاء المحكمة بعدم قبول الدعوى لبطلان الإجراءات المتخذه قبله.

ب) الآثار الإجرائية لصدور الإذن:

حينما يصدر الإذن كتابة بالنظر إلى طبيعته فترتفع الحصانة عن عضو المجلس البرلمانى ويصبح شأنه شأن أى فرد عادى، ويجوز اتخاذ جميع الإجراءات قبله، بما في ذلك القبض عليه وتفتيش مسكنه وإقامة الدعوى الجنائية ضده، ولا يستطيع العضو فى هذه الحالة دفع هذه الإجراءات بأى دفوع خاصة ؛ إلا إذا كانت تتعلق ببطلان الإجراءات ذاتها، لعيب شاب أيا منها وذلك لأن المشرع لم يقرر قواعد إجرائية خاصة بأعضاء المجالس

١- نقض جنائى جلسة ٧ يونيو ١٩٩٩ طعن رقم ,١٣١٠٦ لم ينشر بعد.

٢- د. محمد زكى أبو عامر: الإجراءات ص٤٩٤ .

البرلمانية فيتبع فى شأنهم القواعد العامة التى تنظم التحقيق والإحالة والاختصاص القضائى وقواعد سير المحاكمة، وطرق الطعن فى الأحكام.[1]
ولا يملك المجلس، وفق نظام الحصانة الإجرائية فى مصر، أن يسحب الإذن بعد صدوره وذلك على خلاف الحال فى الدستور الفرنسى ؛ إذ تنص الفقرة الرابعة من مادة ٢٦ من الدستور على انه "يوقف حبس عضو البرلمان أو إجراءات الدعوى المتخذة قبله إذا ما طلب المجلس الذى يتبعه ذلك، فإذا كان العضو محبوسا وجب الإفراج عنه فورا، وإذا كانت الدعوى قد أقيمت وجب الحكم بإيقافها، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "إذا كان قد دفع أمام المحكمة - قبل سحب الإذن - بعدم اختصاصها ؛ فإنها لا تستطيع بعد سحب الإذن أن تفصل فى الدفع، وإلا كان فصلها باطلا".[2]

١٩٣- ثانيا: الدفوع المتفرعة عن الحصانة القضائية:

نصت على هذه الحصانة المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بقولها "فى غير حالات التلبس بالجريمة لا يجوز القبض على القاضى وحبسه احتياطيا إلا بعد الحصول على إذن من اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٩٤، وفى حالات التلبس يجب على النائب العام عند القبض على القاضى أو حبسه أن يرفع الأمر إلى اللجنة المذكورة فى مدة الأربع وعشرين ساعة التالية..." وتشمل الحصانة على هذا النحو القضاة جميعا، بما فيهم المستشارين وأعضاء النيابة. وتقتصر فى شأن إجراءات ورفع الدعوى على الجنايات والجنح فتستبعد المخالفات لبساطتها.[3]

١- د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية بند٣٨ ص٩٧ .
٢- نقض جنائى فرنسى جلسة ٢٨ يناير ١٩٠٤ - ليموج. المشار إليه بمرجع د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية للموظفين. ص٩٨ هامش٨٣ .
٣- د. محمود مصطفى: الإجراءات الجنائية فقرة ٧٦ ص١٠٣، د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق - فقرة ١٤٦ ص١٥٧، د. احمد فتحى سرور: الإجراءات المرجع السابق ص٥٥٤، د. عمر السعيد رمضان الإجراءات ص١١٩ .

والدفوع المتفرعة عن هذه الحصانة، والتى يمكن التمسك بها من صاحب المصلحة تظهر من الفرضين التاليين:

أ) فى وقت توافر الصفة:

هناك فروض لا يثور الجدل بشأنها، ومن ذلك أن يراد تحريك الدعوى الجنائية قبل قاض أو من فى حكمه فى هذا الشأن عن جريمة وقعت منه بعد تقلده منصب القضاء إذ لا شبهة فى وجوب اتباع القواعد الإجرائية الخاصة فى هذا الفرض لتوافر الصفة وقت وقوع الجريمة، ووقت اتخاذ الإجراءات. وبحيث إذا لم يراع القيد الخاص بالإذن فى هذه الحالة فللمتهم أن يدفع بعدم مراعاة هذا القيد الإجرائى، وتلتزم المحكمة بإعمال الجزاء المقرر لانعدام القيد، وهو عدم القبول، كذلك لا شبهة فى عدم انطباق القواعد الإجرائية إذا فقد القاضى صفته الوظيفية قبل ارتكابه الجريمة، فالصفة غير متوافرة، لا فى وقت وقوع الجريمة ولا فى وقت اتخاذ الإجراءات، فتطبق القواعد العامة.[1] وهناك فروض أخرى يصعب فيها تعيين الوقت الذى يلزم أن تتوافر الصفة المتطلبة لتطبيق القواعد الإجرائية الخاصة، وقد ظهر فى هذه الحالات رأيان: يعول أولهما على وقت وقوع الجريمة ؛ بينما يعول ثانيهما على وقت اتخاذ الإجراء.

الرأى الأول: التعويل على وقت وقوع الجريمة:

ويستلزم هذا الرأى لتطبيق القواعد الإجرائية الخاصة أن تكون الجريمة قد وقعت من القاضى، ومن فى حكمه، وهو شاغل لمنصبه أو وظيفته. وإلى هذا الرأى يميل غالبية الفقه المصرى، ويتفرع عن ذلك انه طالما قد توافرت الصفة

١- د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين ص١٢٤ بند٤٧ .

وقت وقوع الجريمة ؛ فإن القاضى يفيد من القواعد الإجرائية الخاصة حتى لو انتهى شغله بعد ارتكاب الجريمة.[1]

الرأى الثانى: التعويل على وقت اتخاذ الإجراء:

يلزم وفق هذا الرأى أن تتوافر الصفة فى الوقت الذى تباشر فيه الإجراءات قبل القاضى. فالقواعد الإجرائية الخاصة تكون واجبة لاتباع طالما أنها تتخذ قبل من ينتمى إلى السلطة القضائية حتى ولو كانت جريمته قد وقعت قبل توليه المنصب القضائى ؛ بحيث إذا اتخذت الإجراءات وفق القواعد العامة قبل المتهم فلا تؤثر فى صحتها أن يكتسب المتهم فى مجراها صفة القاضى. وقد أخذت محكمة النقض فى حكم قديم لها بهذا الرأى حين قالت: "لما كان الثابت من الأوراق أن إجراء التحقيق ورفع الدعوى على المطعون ضده (وهو قاض) عن الجنحة المسندة إليه كانا سابقين على تعيينه قاضيا ؛ فإنه يتعين السير فى نظر الطعن بغير حاجة إلى استئذان اللجنة الخاصة المنصوص عليها فى القانون".[2] إلا أننا نرى أن هذا القضاء محل نظر، ذلك أن الغاية التى تغياها المشرع من قيد الإذن هى حماية شخص القاضى والهيئة التى ينتسب إليها، لما فى اتخاذ إجراءات التحقيق المتعلقة باتهام يدور حول القاضى فى غيبة من جهة الاختصاص من مساس بشخص القاضى ؛ واستقلال الهيئة التى ينتسب إليها، لذلك فإن القول بقصر قيد الإذن على الإجراءات التى تتم قبل القاضى عن الجرائم التى ترتكب منه بعد تعيينه فى القضاء، هو تخصيص لعموم النص بغير مخصص، وبما يخالف الغاية التى تغياها المشرع منه ؛ خاصة وقد اضطرد قضاء محكمة النقض بعد ذلك على القول بعدم جواز

١- د. محمود مصطفى: الإجراءات ص١٠٤ فقرة ٧٦ ؛ د. نجيب حسنى: الإجراءات ص١٥١ فقرة ١٥٦ ؛ د. فوزية عبد الستار: الإجراءات ص ١٢٩ فقرة ١٠٩، د. عبد العظيم وزير: الموضع السابق ص١٢٤، ص١٢٥ بند٤٧ .

٢- نقض جنائى جلسة ٦ ديسمبر ١٩٦٦ س١٧ ق٢٣٢ ص١٢٢٠ .

اتخاذ أى من إجراءات التحقيق الماسة بشخص القاضى أو الغير ماسة ؛ إلا بعد صدور إذن من اللجنة المختصة طبقا للمادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، وأن أى إجراء يقع بالمخالفة لقيد الإذن المشار إليه يكون باطلا، ويكون بطلان التحقيق مقتضاه عدم التعويل فى الحكم بالإدانة على أى دليل يكون مستمدا منه".[1] ولم يفرق بين ما إن كان القاضى قد اكتسب الصفة قبل الإجراء الماس بشخصه أو بعده. كما أن الفقه والقضاء الفرنسيين اتفقا على أن القواعد الإجرائية الخاصة تكون واجبة الاتباع سواء توافرت الصفة وقت ارتكاب الجريمة أو اكتسبت قبل اتخاذ الإجراءات الجنائية عن جريمة وقعت قبل هذا الاكتساب.[2]

ونخلص مما تقدم أن المعول عليه فى اتخاذ الإجراءات الخاصة ضد القاضى أو من فى حكمه أن تتوافر الصفة فيه وقت وقوع الجريمة شريطة استمرارها إلى حين البدء فى الإجراءات، كما تنطبق هذه القواعد أيضا إذا توافرت الصفة وقت البدء فى الإجراءات ولوعن جريمة وقعت قبل توافرها، وكذلك ينبغى أن يكون الحال إذا توافرت الصفة أثناء السير فى الإجراءات، إذ يتعين إيقافها والشروع فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لصدور الإذن، بحيث إذا لم يتم ذلك فيمكن للقاضى المتهم الدفع بذلك أمام المحكمة ؛ وتلتزم المحكمة بإجابة الدفع فى هذه الحالة، والقضاء بعدم قبول الدعوى لبطلان الإجراءات المتخذة قبله. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بإن «رجال السلطة القضائية طبقا للدستور ليسوا من موظفى الجهاز الحكومى وفروعه، ونص الدستور فى المادة ١٦٨ منه على أن القانون ينظم مساءلتهم تأديبيا، ومن ثم فإن اختصاص الرقابة الإدارية

١- نقض جنائى جلسة ٧ يناير ١٩٩٢ س٤٣ ق٢ ص٩٣ .

٢- نقض جنائى فرنسى ١٨ يونيه ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ ص٤١٣ ؛ أول أبريل ١٩٦٣ بلتان ١٣٩؛ ١٢ مايو ١٩٧١ بلتان ١٥٢ ؛ ٧ يناير ١٩٧٥ بلتان ٣ ؛ ٢٨ أبريل ١٩٧٨ بلتان ١٣٢ مشار إلى هذه الأحكام بكتاب د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين هامش ص١٢٦ .

طبقا لنص قانونها القائم مقصور على موظفى الجهات المبينة بنص المادة الرابعة من القانون، وانحسار اختصاصاتها عن الكشف عن المخالفات التى تقع من القضاة أثناء مباشرتهم لواجبات وظائفهم أو بسببها، والتى تخضع للقواعد المنصوص عليها فى قانون السلطة القضائية والإجراءات الجنائية. ويضحى دفع الطاعن على هذا النحو بعدم قبول الدعوى لبطلان الإجراءات المتخذة ضده فى محله».[1]

أما إذا فقد القاضى صفته فى أثناء سير الإجراءات التى سبق أن صدر الإذن باتخاذها، فيثور التساؤل عن طبيعة الإجراءات التى تطبق من بعد زوال الصفة ؟ والإجابة على هذا التساؤل تختلف فى النظام الفرنسى عنها فى النظام المصرى ؛ ففى فرنسا إذا أصدرت اللجنة المختصة قرارها وبدئ فى التحقيق ثم زالت الصفة ؛ فان ذلك لا يحول دون المضى فى تطبيق الإجراءات الخاصة.[2]

أما فى مصر ؛ فالوضع يختلف، بمعنى انه إذا فقد القاضى صفته أثناء التحقيق معه أو بعد تمامه، فتعود الولاية فى رفع الدعوى الجنائية قبله للنيابة العامة دون قيد على حريتها فى ذلك. وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على هذا الرأى.[3] ومن ثم إذا ما بوشرت الإجراءات العامة فى قانون الإجراءات قبله، بعد زوال صفته ؛ فإنها تكون صحيحة، ولا يستطيع الدفع بعدم مراعاة قيد الإذن.

ب) فى مدى الحماية الإجرائية:

وتختلف تلك الحماية بحسب ما إذا كانت الجريمة فى حالة تلبس أو فى غير حالة التلبس.

١- نقض جنائى جلسة ٢٥ سبتمبر ٢٠٠٢ - الطعن رقم ٨٧٩٢ لسنة ٧٢ق - لم ينشر بعد - د. عبد العظيم وزير : الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين ص١٢٧، د. محمد زكى أبو عامر : الإجراءات - المرجع السابق ص٤٩١.

٢- د. عبد العظيم وزير: المرجع السابق ص١٢٧ - الموضع السابق.

٣- نقض جلسة ٣ مارس ١٩٨٦ س٣٧ ق٦٨ ص٣٢٩ .

ففى غير حالات التلبس يتجه الرأى الغالب فى الفقه[1] إلى أن الحظر الوارد فى المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية مقصور على الإجراءات الماسة بشخص المتهم بما فيها حرمة المسكن، فلا يجوز القبض على القاضى أو تفتيشه أو تفتيش مسكنه أو استجوابه أو حبسه احتياطيا أو رفع الدعوى عليه قبل الحصول على الإذن. أما الإجراءات الأخرى غير الماسة بشخصه وحرمة مسكنه فيجوز اتخاذها قبل صدور الإذن دون أن يترتب على ذلك بطلان، كسماع الشهود وإجراءات المعاينات وتوقيع الكشف الطبى على المجنى عليه، لكن محكمة النقض المصرية ذهبت على خلاف هذا الرأى وأخذت بحظر الإجراءات الماسة أو غير الماسة بشخص القاضى قبل الحصول على إذن بذلك من اللجنة المختصة طبقا للمادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية، طبقا لما هو مستفاد من نصوص القوانين المنظمة لذلك حينما قالت فى أحد أحكامها: "أن المستفاد مما ورد بنص المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية التى تحظر اتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق مع القاضى أو رفع الدعوى الجنائية عليه فى جناية أو جنحة، أنه ليس فى صيغتها ما يفيد تخصيص عموم نص الفقرة الثانية من المادة التاسعة من قانون الإجراءات الجنائية بقصر قيد الإذن على الإجراءات الماسة بشخص القاضى أو حرمة مسكنه، إذ أن المشرع قصد بما نص عليه فى فقرتها الأولى من عدم جواز القبض على القاضى أو حبسه احتياطيا، وكلا الإجراءين من إجراءات التحقيق وأخطرها - وما نص عليه فى فقرتها الأخيرة من عدم جواز اتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق مع القاضى أو رفع الدعوى - التأكيد على عدم جواز اتخاذ أى إجراء من

١- أ.د. رءوف عبيد: الإجراءات المرجع السابق ص٩٧، ٩٨ ؛ د. محمد محى الدين عوض: الإجراءات فقرة ١١٨ ص٩٥، ٩٦ د. عمر السعيد رمضان: فقرة٥١ ص١١٩، د. مأمون سلامة: الإجراءات ص١٠٨ فقرة ٩،د. فوزية عبد الستار: الإجراءات المرجع السابق فقرة ١٠٩ ص١٢٩، د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية المرجع السابق ص١٤١ وما بعدها.

إجراءات التحقيق مع القاضى أو رفع الدعوى عليه. أما ما عدا ذلك من الإجراءات الغير ماسة بشخص القاضى فيظل محكوما بعموم نص الفقرة الثانية من المادة التاسعة - سالفة البيان - فلا يجوز اتخاذها إلا بعد صدور الإذن بها من اللجنة المختصة، كما أن عدم النص صراحة فى المادة ٩٦ - سالفة البيان - على جواز اتخاذ الإجراءات الغير ماسة بشخص القاضى دون إذن اللجنة المختصة يعنى أن الشارع لم يرد الخروج على الحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة من قانون الإجراءات الجنائية، لما كان ذلك، وكانت الدعوى المطروحة يتوقف تحريكها ورفعها على صدور إذن من اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٩٤ من القانون ٤٦ سنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية ؛ باعتبار أن المتهم فيها من أعضاء النيابة، وكان البين من الأوراق أن النيابة العامة حركت الدعوى الجنائية قبل الطاعن بالتحقيق الذى أجرته بسؤال الضابط المبلغ، وما تلاه من إجراءات تحقيق أخرى تمت بغير صدور إذن من اللجنة المختصة، فان هذا التحقيق يكون باطلا ويكون دفع الطاعن فى هذا الخصوص قائم على أساس".[1]

ونحن من جانبنا نرى صحة الرأى الذى أخذت به محكمة النقض لنفس الاعتبارات المشار إليها بالحكم ؛ ولأن القول بغير ما جاء به الحكم يؤدى إلى ضياع الغاية التى تغياها الشارع من قيد الإذن، وهى حماية شخص القاضى والهيئة التى ينتسب إليها، على ما سلف القول.

أما فى حالات التلبس: فقد ذهب جانب من الفقه[2] إلى عدم جواز اتخاذ أي من إجراءات التحقيق دون إذن اللجنة سوى القبض والحبس الاحتياطى المنصوص عليها بنص المادة ٩٦ فى فقرتها الثانية ؛ بينما ذهب البعض[3]

١- نقض جنائى جلسة ٧ يناير ١٩٩٢ س٤٣ ق٣ ص٩٣ سالف الإشارة إليه.
٢- د. رءوف عبيد : الإجراءات المرجع السابق ص٩٦، ٩٧ ، د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق فقرة ٩ ص١٠٨، ١٠٩ د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية - الموضع السابق.
٣- د. عمر السعيد رمضان: الإجراءات المرجع السابق فقرة ٥١ ص١٢٠ .

الآخر إلى جواز اتخاذ جميع الإجراءات باعتبار أن الاجرائين المصرح بهما فى النص اشد خطورة من سائر إجراءات التحقيق ؛ ومن ثم يجوز اتخاذ سائر الإجراءات دون صدور الإذن فى حالة التلبس. غير أننا نتفق مع الرأى الأول ؛ لان الأخذ بالرأى الثانى يترتب عليه مخالفة صريح نص المادة ٩٦ التى أوردت فى متنها "أنه فيما عدا ما ذكر، لا يجوز اتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق مع القاضى أو رفع الدعوى عليه فى جناية أو جنحة إلا بإذن من اللجنة المذكورة، وبناء على طلب النائب العام". ومن ثم فإنه فى حالة المخالفة يجوز للقاضى أن يدفع ببطلان الإجراءات المتخذة قبله دون إذن اللجنة، ويترتب على عدم إجابته إليه أن يكون الحكم معيبا بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع.

١٩٤- تعلق الأحكام الخاصة بالحصانة البرلمانية والحصانة القضائية بالنظام العام وأثر ذلك:

تتعلق الأحكام الخاصة بالحصانة الإجرائية لأعضاء المجالس البرلمانية والقضاة ومن فى حكمهم بالنظام العام. بالنظر إلى العلة التى تقررت هذه الحصانات من اجلها وهى ضمان استقلال السلطتين التشريعية والقضائية عن السلطة التنفيذية، ويترتب على ذلك الآثار التالية:

١- إذا اتخذ أى إجراء قبل الحصول على الإذن وقع باطلا بطلانا مطلقا، كما يقع باطلا أيضا الحكم الذى ينبنى عليه وتلتزم المحكمة بعدم قبول الدعوى إذا ما رفعت إليها دون الحصول على الإذن المطلوب.[١]

٢- وطالما أن الحصانة الإجرائية تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التنازل عنها، وبالتالى فان رضاء العضو بالإجراء الباطل لا يصححه سواء كان

١- د. عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين – المرجع السابق ص٩٤، ١٤٤ وما بعدها نقض فرنسى ١٩٤٩/١١/٢٤ بلتان. مشار إليه بكتاب الدكتور عبد العظيم وزير المشار إليه.

الرضا صريحا أو ضمنيا بعدم التمسك بالحصانة، كما لا يصححه أيضا صدور الإذن فى وقت لاحق.

٣- غنى عن البيان أن تعلق الحصانة الإجرائية بالنظام العام يوجب على المحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها، ويقبل الدفع بهذا البطلان فى أية حالة تكون عليها الدعوى ؛ ولو لأول مرة أمام محكمة النقض[1]، والنظر فى الدفع ينبغى أن يسبق الفصل فى الموضوع ولا يختلط به باعتبار انه دفع شكلى ومن الدفوع الجوهرية المتعلقة بإجراءات الدعوى.

٤- وأخيرا يترتب - على تعلق هذه الحصانة الإجرائية بالنظام العام - ضرورة أن يورد حكم الإدانة فى أسبابه ما يفيد صدور الإذن، وإلا كان الحكم معيبا بعيب القصور فى التسبيب. فضلا عن انصراف البطلان إلى كافة الإجراءات التى تتبع دون مراعاة هذه الحصانة على النحو المبين تفصيلا فى موضعه من هذا المطلب.

وفى النهاية فإن الدفع بعدم مراعاة الحصول على إذن من الجهة المختصة، يعتبر من الدفوع الأولية بحسب الرأى الذى سرنا على نهجه فى البحث، بحسبان أن المحكمة التى تفصل فى موضوع الدعوى هى التى تتولى الفصل فيه.

١- د. محمود مصطفى: الإجراءات _فقرة ٧٦ ص١٠٣، د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق فقرة ١٤٦ ص١٥٧، د. احمد فتحى سرور: الإجراءات المرجع السابق ص٥٥٤، د.عبد العظيم وزير: الجوانب الإجرائية المرجع السابق ص١٤٤، د. عمر السعيد رمضان: الإجراءات ص١١٩ .

المبحث الرابع
الدفوع المتعلقة بانقضاء سلطة الادعاء

١٩٥- تمهيد:

يمكن القول بأن أسباب انقضاء الدعوى الجنائية هى عقبات إجرائية دائمة تعترض تحريك الدعوى أو استمرار سيرها، وينبنى عليها عدم قبول الدعوى ابتداء أو عدم جواز استعمالها فى مراحلها التالية على وقوع سبب الانقضاء.[1] وتفترض أسباب انقضاء الدعوى الجنائية توافر أركان الجريمة ونشوء المسئولية عنها واستحقاق عقوبتها ثم انغلاق السبيل الإجرائى إلى تقرير هذه المسئولية وتوقيع العقوبة. وتتميز أسباب انقضاء الدعوى بذلك عن أسباب الإباحة وموانع المسئولية وموانع العقاب، إذ تفترض الأخيرة انتفاء أحد أركان الجريمة أو امتناع عقابها، ومن ثم كانت - على خلاف أسباب انقضاء الدعوى - دفوع موضوعية.

وأسباب انقضاء الدعوى الجنائية - التى يجمع الفقه على ذكرها - هى وفاة المتهم، والعفو الشامل، والتقادم، وصدور حكم بات فى الدعوى. وقد نص الشارع على الوفاة والتقادم فى الموضع الذى خصصه لانقضاء الدعوى (المواد ١٤ - ١٨ من قانون الإجراءات الجنائية)، أما فى الحكم البات فقد نص عليه فى الباب المخصص "لقوة الأحكام النهائية" (مادتان ٤٥٤، ٤٥٥ من قانون الإجراءات الجنائية)، ولم ينص المشرع على العفو الشامل فى قانون الإجراءات الجنائية، وإنما نص عليه فى قانون العقوبات (مادة ٧٦) .

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات الجنائية المرجع السابق ص١٨٥ .
Stefani ,levasseur et Bouloc. 11.no119 p114.op.cit.

وهذه هى الأسباب العامة لانقضاء الدعوى الجنائية وثمة سبب خاص لانقضاء بعض الدعاوى الجنائية، هو التنازل عن الشكوى (مادة ١/١٠ من قانون الإجراءات الجنائية) وموضعه الدعاوى التى يعلقها القانون على شكوى المجنى عليه. كما انه فى الأحوال التى يتطلب فيها القانون لإمكان تحريك الدعوى طلبا كتابيا من وزير العدل أو من الهيئة أو من رئيس المصلحة المجنى عليها فى جرائم معينة، تنقضى الدعوى أيضا بالتنازل عن الطلب فى أى وقت إلى أن يصدر حكم نهائى (مادة ١٠) .

والدفع بانقضاء الدعوى الجنائية لأى سبب عاما كان أو خاصا يتميز بأنه دفع شكلى، ويستمد ذلك من كون أسبابه التى تنقضى بها الدعوى هى ذاتها "ظاهرة إجرائية". فهذه الأسباب - على ما قدمنا - لا تأثير لها على أركان الجريمة أو عناصر المسئولية أو شروط استحقاق العقوبة، بل أنها تفترض توافر ذلك ابتداء، وإنما تعنى أسباب انقضاء الدعوى أن السبيل الإجرائى لتقرير المسئولية والنطق بالعقوبة - وهو السبيل الوحيد الذى يعترف به القانون - قد انغلق، ومن ثم صار من المستحيل تقرير هذه المسئولية أو النطق بالعقوبة. وعلى هذا النحو يرى جانب من الفقه[1] ونحن نؤيده انه لم يكن صحيحا وصف بعض أسباب انقضاء الدعوى بأنها "أسباب لانقضاء سلطة الدولة فى العقاب"[2] فهذه السلطة تظل قائمة ولكن يتعطل إجرائيا استعمالها. وأهم نتيجة تترتب على هذا التكييف لأسباب انقضاء الدعوى أن الحكم الذى تصدره المحكمة إذا تحققت من توافر أحد هذه الأسباب هو حكم "بعدم قبول الدعوى" وليس حكما ببراءة المتهم.

١٩٦- تعلق الدفع بانقضاء سلطة الادعاء بالنظام العام:

الدفع بانقضاء الدعوى لأى سبب عاما كان أم خاصا دفع من النظام العام

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات الجنائية. بند١٩٧ ص١٨٦ .
٢- د. محمود مصطفى: الإجراءات. ص١٢٨ هامش ٣ .

فيجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض.[1] ولذا كان إبداؤه أمام محكمة الموضوع يستوجب لفرط أهميته ولتوقف مصير الدعوى على الفصل فيه أن يتعرض له الحكم فى أسبابه إما بالقبول وإما بتفنيده إذا قضى برفضه وإلا كان الحكم قاصرا فى أسبابه وبالتالى معيبا. كما انه من النتائج المترتبة على اتصال هذا الدفع بالنظام العام، أيضا عدم جواز تنازل المتهم عن الاحتجاج به، وان للمحكمة أن تقدر توافر إحدى حالاته من تلقاء نفسها.

وسوف نتعرض فى هذا المبحث للدفوع المتعلقة بانقضاء سلطة الادعاء على النحو التالى:

المطلب الأول: الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم.

المطلب الثانى: الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالوفاة.

المطلب الثالث: الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية لسبق صدور حكم بات فيها.

المطلب الرابع: الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالعفو عن الجريمة.

المطلب الخامس: الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح.

١- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص٣٧٨ - نقض جنائى جلسة ١٩ مايو ١٩٦٤ س١٥ ق٨٢ ص٤٨١ - جلسة ٢٢ أبريل ١٩٧٣ س٢٤ ق١١١ ص٥٢٨ .

المطلب الأول

الدفع بالتقادم

١٩٧- تمهيد:

نصت على التقادم كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية فقالت: "تنقضى الدعوى الجنائية فى مواد الجنايات بمضى عشر سنين من يوم وقوع الجريمة وفى مواد الجنح بمضى ثلاث سنين، وفى مواد المخالفات بمضى سنة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". ويقابل هذا التقادم نوع آخر منه ينصرف تأثيره إلى العقوبة فيعد سببا لانقضائها، وقد نصت عليه المادة ٥٢٨ وما بعدها من قانون الإجراءات الجنائية. وأهم الفروق بين نوعى التقادم هو اختلاف فى مجاليها: فمجال تقادم الدعوى هو الفترة السابقة على صدور الحكم البات، أما مجال تقادم العقوبة فهو الفترة اللاحقة على صدور هذا الحكم. وتفسير ذلك أن تقادم الدعوى يفترض أنها ما تزال قائمة بحيث يرد عليها التأثير المنهى لهذا التقادم، أما إذا كانت قد انقضت بالحكم البات قبل استكمال التقادم مدته، فلن يكون لهذا التقادم الموضوع الذى يرد عليه، وعلى خلاف ذلك فإن تقادم العقوبة يفترض صدور حكم واجب التنفيذ فيها، بحيث ينشأ عنه الالتزام بتنفيذ العقوبة ؛ والى هذا الالتزام ينصرف تأثير تقادم العقوبة.[1]

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات. بند٢١٤ ص١٩٦، د. رءوف عبيد: الإجراءات ص١٣٢، د. مأمون سلامة الإجراءات ص١٥١ المرجع السابق. ويختلف نوعا التقادم من حيث المدة: فمدد تقادم العقوبة أطول من مدد تقادم الدعوى ويعلل ذلك بان صدور الحكم البات يعنى اليقين بارتكاب الجريمة ومسئولية =

١٩٨- ذاتية الدفع بالتقادم:

اختلفت الآراء فى تحديد نوع الدفع بانقضاء الدعوى بالتقادم، وهل هو دفع شكلى أم دفع موضوعى، وذلك بحسب الحكم الصادر فيه ؛ وهل يعد حكما صادرا قبل الفصل فى الموضوع، وبالتالى يعتبر الدفع المصاحب له دفعا شكليا ؛ أم أنه حكم فى موضوع الدعوى الجنائية، فيعتبر الدفع المتعلق به والذى صدر على أساسه الحكم دفعا موضوعيا؟

فلقد ذهب جانب من الفقه[١] إلى أن الدفع بالتقادم هو "دفع موضوعى" تأسيسا على أنه حكم فى موضوع الدعوى من ناحية استناده إلى انقضاء سلطة الدولة فى العقاب، وهو أمر ينبنى عليه تطبيق قاعدة من قواعد قانون العقوبات. ويستندون فى ذلك إلى أنه وأن كان الدفع بالتقادم لا يستلزم بحث موضوع الدعوى للحكم بالتقادم، لأن الحكم بالتقادم هو فى حقيقته حكم بعدم القبول ؛ فإنه يجب التمييز بين عدم القبول الموضوعى للدعوى وعدم القبول الإجرائى، فعدم القبول الموضوعى يرجع إلى انتفاء سلطة العقاب التى تقابل فى الخصومة المدنية الحق الموضوعى الذى يستند إليه الخصم. أما عدم القبول الإجرائى فإنه ليس إلا جزاءً لرفع الدعوى بغير الشروط التى أوجب

=المتهم عنها فى حين يكون ذلك موضعا للشك قبل صدور ذلك الحكم. والنوعان يختلفان من حيث الأثر والتكييف: فأحدهما ينصرف تأثيره إلى إجراءات الدعوى فيجعلها غير مقبولة، ومن ثم كان له طابع إجرائى، أما الثانى فتأثيره منصرف إلى الالتزام بتنفيذ العقوبة ؛ ومن ثم كان له طابع موضوعى. وتقادم الدعوى قائم على قرينة النسيان لأن اعتبارات الاستقرار القانونى تملى إقرار نظام التقادم ؛ لأنه فى خلال هذا الزمن الطويل الذى لم يتخذ خلاله إجراء ضد مرتكب الجريمة يهدم قرينة براءته، فقد تقبله أفراد المجتمع وتعاملوا معه على أنه شخص برئ، فنشأ له بذلك مركز واقعى ينبغى إقراره ؛ كفالة لاستقرار الأوضاع القانونية.

١- د. محمود محمود مصطفى: الإجراءات ص١٢٨، د. محمد عوض الأحول: انقضاء سلطة العقاب بالتقادم رسالة دكتوراه ١٩٦٥ جامعة القاهرة ص٣٧٤ وما بعدها بند١٩٠، ١٩١، د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص٣٨٣ إلى ص٣٨٤، أ. على زكى العرابى: الإجراءات المرجع السابق ص١٤٢ بند٣٠٠، د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص٢١٨.

القانون مراعاتها. فعدم القبول الإجرائى جزاء يترتب على بطلان إجراءات رفع الدعوى. أما عدم القبول الموضوعى فهو نتيجة لتخلف الحق الموضوعى ؛ أى سلطة الدولة فى العقاب، وعدم القبول الموضوعى ليس إلا فصلا فى موضوع الدعوى لأن الحكم بعدم القبول والحكم الصادر فى الموضوع يتلاقيان فى أن كلا منهما مبنى على انتفاء الحق الموضوعى، أى سلطة الدولة فى العقاب، ولا يختلفان إلا فى تعليل هذا الانتفاء، فبينما يستند عدم القبول الموضوعى إلى سبب قانونى يؤدى إلى انقضاء سلطة الدولة فى العقاب كالتقادم، فإن الحكم الصادر فى الموضوع فى غير ذلك من الأحوال ينبنى على سبب موضوعى - يؤدى إلى عدم توافر سلطة الدولة فى العقاب - هو عدم ثبوت الواقعة أو عدم نسبتها إلى المتهم. وهم يرتبون على ذلك نتيجة ؛ هى أنه إذا صح الدفع بالتقادم وتوافرت شروطه فإنه يجب القضاء فى الدعوى بالبراءة لانقضاء الدعوى العمومية بمضى المدة.

على أنه يلاحظ أن انقضاء سلطة الدولة فى العقاب هو السبب القانونى الذى تستند إليه المحكمة فى قضائها، ولا يصلح أن يكون منطوقا للحكم. هذا فضلا عن أن قانون الإجراءات الجنائية لم يعرف فى المادة ٣٠٤ إلا نوعين من الأحكام الصادرة فى الموضوع: الحكم بالبراءة، والحكم بالعقوبة. كما أن المادة ٤٥٤ منه التى نصت على مبدأ حجية الأحكام الجنائية قد أشارت إلى الحكم الصادر بالبراءة والإدانة فقط.[1]

غير أن جانبا من الفقه يرى أن للدفع بالتقادم طبيعة إجرائية (شكلية) بحتة ويستندون فى ذلك إلى أن دوره القانونى سبب لانقضاء الدعوى الجنائية. فإذا كانت هذه الدعوى فى ذاتها ظاهرة إجرائية، تعين أن يتصف بهذا التكييف

١- د. رءوف عبيد: الموضع السابق، د. محمود مصطفى: "شرح قانون العقوبات -القسم العام" طبعة ١٩٥٥ دار النهضة المصرية فقرة ١٠ ص١٦، د. عبد العظيم وزير: دور القضاء فى تنفيذ الجزاءات الجنائية رسالة دكتوراه سالف الإشارة إليها ص٧٥ وما بعدها.

سبب انقضائها. وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذا التقادم يفترض ارتكاب جريمة توافرت لها جميع أركانها ونشأت المسئولية عنها. ولا يقبل المنطق القانونى أن يكون لمجرد مرور الزمن تأثير على تكييف الفعل أو أركان الجريمة، فيحيل الفعل غير المشروع إلى فعل مشروع، أو يفقد الجريمة ركنا ثبت توافره لها. فضلا عن أن أهم علة للتقادم – وهى ضعف الأدلة وخشية خطأ الحكم – هى علة إجرائية، ويغلب على سائر العلل الطابع الإجرائى كذلك، إذ تعنى فى جملتها أن الدعوى لم تعد ملائمة لمصلحة المجتمع.

كما أن اتقاء المتهم الذى استفاد من التقادم احتمال الإدانة والعقوبة لا يسبغ طابعا موضوعيا على هذا التقادم ؛ وإنما كل ما يعنيه أن السبيل الإجرائى للإدانة والعقوبة قد أغلق. وأهم نتيجة تترتب على وصف تقادم الدعوى بأنه "نظام شكلى وإجرائى" ؛ أن الحكم الذى يصدره القاضى – إذا ثبت له استكمال التقادم مدته – هو حكم بعدم قبول الدعوى، وليس حكم ببراءة المتهم ؛ إذ الفرض أن القاضى لم يفحص موضوع الدعوى، فلم يفصل فيه، وإنما اقتصر على تقرير وجود عقبة إجرائية تحول بينه وبين النظر فى الموضوع. ولقد أخذ بهذا الرأى بعض الفقه الألمانى تأسيسا على أن تقادم الدعوى الجنائية يؤدى إلى عدم قبولها ؛ لأن عدم تمام التقادم شرط لقبول الدعوى.[1] وتأكد هذا النظر حينما ورد النص عليه فى قانون العقوبات الألمانى الذى أورد أن التقادم يصيب إجراءات رفع الدعوى، مما يفيد أن عدم انقضاء ميعاد التقادم ليس إلا شرطا لقبولها. كما جرى بهذا التعبير مشروع قانون العقوبات الفرنسى لسنة ١٩٣٤ , وإذا رجعنا إلى قضاء محكمة النقض المصرية نجدها فى بعض الأحكام تقضى بانقضاء الدعوى الجنائية بقولها "ومن ثم تكون الدعوى الجنائية قد انقضت بمضى المدة عملا بنص المادة ١٥

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات بند٢١٥ ص١٩٨، روز نجار ص١٥٦، مندومانيول رقم ٦٩١ مشار إليه برسالة الدكتور محمد عوض الأحول: "انقضاء سلطة العقاب بالتقادم" ص٣٧٤ وما بعدها.

من قانون الإجراءات الجنائية، ويتعين لذلك نقض الحكم المطعون فيه، والقضاء بانقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة.[1] بينما نجدها فى أحكام أخرى تحكم بانقضاء الدعوى العمومية وبراءة الطاعن بقولها - حين التحقق من صحة الدفع - "إن الحكم المطعون فيه إذ دان الطاعن يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون مما يعنى صحة ما جاء بالدفع، ويتعين معه نقض الحكم والقضاء بانقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة. وبراءة الطاعن مما اسند إليه بغير حاجة إلى بحث باقى اوجه الطعن".[2] ولكن المحكمة فى أحكام عديدة قضت بالبراءة لانقضاء الدعوى العمومية بمضى المدة بقولها: "إن الحكم بسقوط الدعوى الجنائية بمضى المدة هو فى الواقع وحقيقة الأمر حكم صادر فى موضوع الدعوى، إذ أن معناه براءة المتهم لعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية عليه، ولا يجوز بحال للمحكمة الاستئنافية أن تتخلى عن نظر الموضوع وترد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى بعد أن استنفدت هذه كل مالها من سلطة فيها.[3]

ويستدل أصحاب الرأى الأول بذلك القضاء على أن قواعد التقادم موضوعية" ؛ وبخاصة مع وجود قضاء صريح بالبراءة فى الدعوى التى تنقضى بمضى المدة، وحق محكمة الاستئناف فى التصدى لموضوع الدعوى طبقا للمادة ٤١٩ أ.ج والقضاء بعد إلغاء الحكم ببراءة المتهم لانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم.

إلا أننا نميل إلى الرأى الثانى ؛ الذى يرى أن قواعد التقادم إجرائية ؛ ومن ثم الدفع بتوافر أى منها هو "دفع شكلى"، ذلك أن إلغاء محكمة الاستئناف

١- نقض جنائى جلسة ٨ فبراير ١٩٩٣ س٤٤ ق١٩ ص١٦٦، جلسة ١٥ مايو ١٩٩٦ س٤٧ ق٢١ ص٦٤٤ .

٢- نقض جنائى جلسة ٦ فبراير ١٩٩٢ س٤٣ ق٢٣ ص٢١٣، جلسة ٢٧ فبراير ١٩٩٥ س٤٦ ق٦٤ ص٤٢٢ .

٣- نقض جلسة ٣٠ مارس سنة ١٩٥٩ س ١٠ ق ٣٧٥، جلسة ١٧ أكتوبر سنة ١٩٩١ س٤٢ ق ١٣٧ ص ٩٩٨ .

للحكم المطعون فيه إذا كان يؤدى إلى تصديها للدعوى ؛ فليس ذلك دليلا على أن ما قضت فيه محكمة أول درجة هو من "الموضوع" بالمعنى الذى يثور فى شانه الجدل بين الرأيين، وإنما معنى الموضوع فيما أشارت إليها عبارة الفقرة الأولى من المادة ٤١٩ إجراءات جنائية، هو أنه لا يتعلق بعدم الاختصاص أو بقبول دفع فرعى يترتب عليه منع السير فى الدعوى، حسبما تفصح الفقرة الثانية من المادة ذاتها، وبذلك يدخل فى معنى الموضوع - فى هذا الصدد - كل ما يتصل ببحث واقعة الدعوى، ومن ذلك استمرار سلطة العقاب فى شانها، أو انقضائها بما يؤدى إلى الحكم ببراءة المتهم ؛ ويلاحظ أن الجدل فى طبيعة قواعد التقادم الجنائى بأنها موضوعية أو إجرائية، لا يكون بالمعنى الذى يثور فى فروع القانون الموضوعية الأخرى كالقانون المدنى، حيث يسود الرأى بان قواعد التقادم تتعلق بأصل الحق، أى أنها "موضوعية" [1] ؛ ومن ثم كان الرأى فى الفقه الجنائى، الذى يؤيد أن قواعد التقادم موضوعية ويساوى بين الحكم بالبراءة الناشئ عنها والحكم الصادر برفض الدعوى، ذلك أن حكم البراءة الناشئ عن استكمال التقادم مدته، يعلن عن عدم قيام وجه لتوقيع عقاب، بصرف النظر عن صحة الواقعة أو انطباقها على نص التجريم أو قيام المسئولية عنها، وذلك يحدث بسبب انقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة باعتبارها حدودا شرعية لسلطة القاضى فى إعمال الجزاء الجنائى، أو إجابة الدعوى الجنائية. وفى ضوء هذا يفهم قضاء النقض الذى يقرن ما بين الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية، وبين إعلان براءة المتهم، ولا يخلط بين حدود الدعوى الجنائية - العقابية والشكلية - التى تخدم كلها الوضع الإجرائى

١- د. السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى.الجزء الثالث. المجلد الثانى بند٦٤٢ ص١٣٤٩ وما بعدها حيث يرى أن التقادم موضوعى الأثر ولا يتعلق بالنظام العام - وتطبيقا لهذا الرأى نقض مدنى جلسة ٢ مارس١٩٧١س٢٢ ق٣٩ ص٢٣٩ حيث قالت المحكمة "الحكم بقبول الدفع بالتقادم هو قضاء فى أصل الدعوى ينقضى به الالتزام، ولازم ذلك هو القضاء برفض الدعوى "وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٧٧ س٢٨ ق٢٢٩ ص١٣٢٢ الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام".

للدعوى الجنائية، وبين فكرة الموضوع كمقابل للإجراءات فى فروع القانون الموضوعية الأخرى.[1]

ومن ذلك يتضح أن الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة هو "دفع شكلى" بحسب التعريف الذى أخذنا به - فى تقسيم الدفوع إلى شكلية وموضوعية - ورأينا صحته، وقلنا فيه أن الدفع الشكلى هو الذى لا ينفذ إلى موضوع الدعوى الجنائية من حيث الجريمة المرتكبة وأركانها وأدلتها، بينما الدفع الموضوعى هو الذى ينفذ إلى تلك الأركان ؛ ويترتب على الدفع الشكلى - فى حالة صحته - الحكم بعدم قبول الدعوى. يؤكد ذلك، ما تواترت عليه أحكام النقض حينما قالت فى أحكامها "إن الدفع بانقضاء الدعوى بالتقادم هو دفع جوهرى، وهو من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم يجب على محكمة الموضوع أن تمحصه وترد عليه بما يفنده - لما ينبنى عليه - لو صح - من القضاء بعدم قبول الدعوى لانقضاء الدعوى الجنائية".[2] والقول بذلك لا ينفى ترتيب النتائج الموضوعية التالية على هذا الدفع:

١- يتمتع الحكم الجنائى الصادر بالتقادم بحجية أمام المحاكم الجنائية تمنع من معاودة النظر فيما قضى به خاصا بتقادم الدعوى بطريق الدعوى أو الدفع.

٢- المحكمة التى تصدره تستنفد فيه ولايتها بالفصل فى موضوع الدعوى، وتلتزم محكمة الطعن بالفصل فى موضوع الدعوى من حيث التقادم ؛ ولا يعد ذلك منها إهدارا لمبدأ التقاضى على درجتين.[3]

١- انظر فى تأييد هذا الرأى: المستشار الدكتور: حسن علام: قانون الإجراءات الجنائية - معلقا على نصوصه ط١٩٩١ ص٦٢ وما بعدها.

٢- نقض جنائى جلسة ٨ فبراير ١٩٧٩ س٣٠ ق٤٦ ص٢٣١، جلسة ٧ يونيو ١٩٨٤ س٣٥ ق١٣٠ ص٥٧٧، جلسة ١ ابريل ١٩٨٧ س٣٨ ق٨٧ ص٥٢٧، جلسة ٢٩ سبتمبر ١٩٩٨ ط رقم ٢١٤٢٩ ق لم ينشر بعد.

٣- نقض جنائى جلسة ١٧ اكتوبر ١٩٩١ س٤٢ ق١٣٧ ص٩٩٨ سالف الإشارة إليه.

٣- القاعدة أن تأثير تقادم الدعوى الجنائية يقتصر عليها ؛ فتنقضى به، ويعنى ذلك أنه لا تأثير له على الدعوى المدنية الناشئة عن ذات الفعل الذى قامت به الجريمة، ونشأت عنه الدعوى الجنائية. فالشارع لم يخضعها لمدة تقادم واحدة، وإنما جعل لكل دعوى التقادم الخاص بها. وقد نصت المادة ٢٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية فى فقرتها الأولى على أنه "تنقضى الدعوى المدنية بمضى المدة المقررة فى القانون المدنى" وقد حددت مدة تقادم الدعوى المدنية المادة ١٧٢ من القانون المدنى، وهى أطول من مدة تقادم الدعوى الجنائية ؛ ولذلك كان متصورا أن تنقضى الدعوى الجنائية وتظل الدعوى المدنية قائمة، وذلك خلافا للقانون الفرنسى الذى اخضع الدعوى المدنية للتقادم الخاص بالدعوى الجنائية، فالمادة العاشرة من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى تنص فى فقرتها الأولى على أنه "لا يجوز رفع الدعوى المدنية بعد انقضاء المدة المحددة لتقادم الدعوى الجنائية.[1] -وتطبيقا لما استقر عليه الأمر فى قضاء محكمة النقض المصرية من عدم تأثير مدة تقادم الدعوى الجنائية على الدعوى المدنية، قضت محكمة النقض بأنه "لما كانت الدعوى الجنائية قد انقضت بمضى المدة، فإنه يتعين نقض الحكم والقضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية، دون أن يكون لذلك تأثير على سير الدعوى المدنية المرفوعة معها، فهى لا تنقضى إلا بمضى المدة المقررة فى القانون المدنى".[2]

١٩٩- عبء إثبات الدفع بالتقادم:

قد يتبادر إلى الذهن أن القول بانقضاء الدعوى بالتقادم باعتباره يتخذ صورة الدفع - الذى هو فى حقيقته وسيلة دفاع - ومن ثم يتحمل المتهم عبء إثباته، ولكن يرد على ذلك بأن التقادم مقرر للمصلحة العامة، وان النيابة تلتزم

١- مشار إليها فى مرجع الدكتور نجيب حسنى: الإجراءات ص٢٢٠ هامش رقم ٧ ؛ ولتفصيل أكثر راجع الدفع بتبعية الدعوى المدنية للجنائية فى موضعها من هذا البحث.

٢- نقض جنائى جلسة ١٣ ابريل ١٩٩٨ ط رقم ٤٤٧٥٦ لسنة ٥٩ ق لم ينشر بعد، جلسة ٢٨ يوليو ١٩٩٩ ط رقم٦٣٢٦٤ لم ينشر بعد.

بناء على ذلك بالا تحرك أو تباشر دعوى انقضت بالتقادم، ويلتزم القضاء كذلك بالا ينظر فى دعوى انقضت بالتقادم، ومن ثم تعين القول بأن النيابة تلتزم بإثبات أن الدعوى لم تنقض بالتقادم كى يكون لمطالبتها القضاء بالنظر فيها سند".[1]

٢٠٠- تعلق الدفع بالنظام العام والآثار المترتبة على ذلك:

الأحكام التى يخضع لها الدفع بتقادم الدعوى الجنائية تتعلق جميعها بالنظام العام، سواء فى ذلك المتعلقة بمدته أو بدايتها أو انقطاعها أو امتناع إيقافها، وعلة ذلك أن الدعوى الجنائية ذاتها متصلة بالنظام العام ؛ ومن ثم تتصل به أسباب انقضائها.[2]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن الدفع بانقضاء الدعوى بالتقادم هو من الدفوع الجوهرية المتعلقة بالنظام العام، مما يجوز إبداؤه أمام محكمة الموضوع فى أى وقت وبأى وجه، وعليها أن ترد عليه ردا سائغا، وإلا كان حكمها معيبا".[3]

ويترتب على اتصال التقادم بالنظام العام النتائج المعتادة لذلك، وأهمها انه لا يجوز للمتهم التنازل عن الدفع بالتقادم، فلا يقبل محاكمته على الرغم من انقضاء الدعوى قبله بالتقادم، وقد تكون له مصلحة فى ذلك ؛ إذ قد يكون لديه الأمل فى أن يحصل على حكم ببراءته. ويجوز إثارة الدفع فى أى مرحلة عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض طالما أن مقومات الحكم تظاهره.

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق بند٢٣٩ ص٢١٨، أ. زكى العرابى : الإجراءات بند١٦٨ ص١٥٢ .

٢- د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق بند٢٤٠ ص٢١٩, نقض جلسة ٢٠ يناير٢٠٠٠ الطعن رقم ٦٦٣٢ لسنة ٦٦ ق. لم ينشر بعد.

٣- نقض جنائى جلسة ٦ فبراير ١٩٩٢ س٤٣ ق٢٣ ص٢١٣، جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٩٥ س٤٦ ق١٩٣ ص١٢٧٥ .

وعلى المحكمة إلى تقضى به من تلقاء نفسها، والتفات الحكم عن التحقق من ذلك أو الرد على دفع المتهم بذلك يعيب الحكم بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع.[1]

ويترتب على توافر شروط الدفع بالتقادم ؛ انقضاء الدعوى الجنائية والحكم الذى يصدره القاضى فى هذا الخصوص - كما سلف القول - هو حكم بعدم قبول الدعوى، وليس حكما بالبراءة.

والدفع بالتقادم ذو طابع أولى، باعتبار أن المحكمة التى تتولى الفصل فيه هى المحكمة التى تنظر موضوع الدعوى.

١- نقض جنائى جلسة ١٣ مارس ١٩٨٠ س٣١ ق٦٨ ص٣٦٨، جلسة ٢ يونية ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٠٢ ص٧١٣ .

المطلب الثانى
الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالوفاة

٢٠١- مضمون الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بوفاة المتهم وذاتيته:

هو من الدفوع الشكلية التى تستند إلى نصوص قانون الإجراءات الجنائية، فلقد نصت المادة ١٤ من القانون المشار إليه على وفاة المتهم كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية. بينما أشارت المادة ٥٣٥ من قانون الإجراءات أيضا إلى الوفاة كسبب لانقضاء العقوبة.

وتكمن العلة فى انقضاء الدعوى الجنائية بوفاة المتهم فى مبدأ "شخصية الدعوى الجنائية"، وهو مبدأ يرتبط بمبدأين آخرين:
"شخصية المسئولية الجنائية"، "شخصية العقوبة"، فإذا كانت المسئولية شخصية وكانت العقوبة شخصية كذلك، تعين أن تتصف الدعوى بذلك أيضا باعتبارها تنشأ من المسئولية وتستهدف العقوبة، وإذا كان من المسلم به أن العقوبة لا تحقق أيا من أغراضها إلا إذا نفذت فى شخص معين بالذات هو المسئول عن الجريمة، فان وفاة هذا الشخص تجعل من المستحيل تنفيذ العقوبة وتحقيقها أغراضها، ومن ثم تنقضى علة الدعوى وغايتها.[1]

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات بند٢٠١، ٢٠٢ ص١٨٨، د. مأمون سلامة: الإجراءات ص١٣٤، د. رءوف عبيد: الإجراءات ص١٣٠ وما بعدها، د. حسن علام: الإجراءات ص٦٠ .

٢٠٢- الأحكام الإجرائية للدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالوفاة:

ووفاة المتهم سبب لانقضاء الدعوى الجنائية فى أى مرحلة بلغتها من مراحل الدعوى، إذ تتحقق علة الانقضاء بالوفاة فى جميع مراحل الدعوى:

١- فإذا توفى المتهم قبل أن تحرك الدعوى ضده، أو قبل أن ترفع إلى القضاء المختص امتنع تحريكها، وتأمر النيابة فى الدعوى بالا وجه لإقامتها لانقضائها بوفاة المتهم وذلك من تلقاء نفسها.

٢- وإذا توفى بعد أن رفعت الدعوى امتنع على الفور السير فيها، وإذا توفى بعد صدور حكم غير بات، وأثناء ميعاد الطعن فيه اعتبر هذا الحكم أخر إجراء من إجراءات الدعوى، وانقضت بحلول الوفاة. ويترتب على ذلك انه لا يقبل من الورثة الطعن فى هذا الحكم، ذلك أن الطعن إحياء لدعوى قد انقضت، بالإضافة إلى أن انقضاء الدعوى يعنى زوال الحكم، فيصير غير صالح لان يرد عليه الطعن، وإذا توفى المتهم بعد أن طعن فى الحكم، وأثناء الوقت الذى كان طعنه معروضا فيه على المحكمة المختصة به ؛ فإن الدعوى تنقضى كذلك بمجرد حلول الوفاة، وينبنى على ذلك عدم جواز اتخاذ أى إجراء فيها بدءا من ذلك التاريخ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان يبين من الاطلاع على الأوراق أنه بعد التقرير بالطعن بالنقض وإيداع أسبابه فى الميعاد قد توفى الطاعن المحكوم عليه - كالثابت من شهادة الوفاة المرفقة - لما كان ذلك، وكانت المادة ١٤ من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أنه]تنقضى الدعوى الجنائية بوفاة المتهم [فإنه يكون من المتعين الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية بوفاة الطاعن".[1]

١- نقض جنائى جلسة ٢ فبراير١٩٨٩ س٤٠ ق٣١ ص١٧١، جلسة ١٨ فبراير ١٩٩٢ س٤٣ ق٢٩ ص٢٤٧، جلسة ٩ مايو١٩٩٣س٤٤ ق٦٤ ص٤٥٢، جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٤ س٤٥ ق١٥٧ ص١٠٠١ .

٣- أما إذا كانت وفاة المتهم لاحقة على صدور حكم بات بالعقوبة، فما عادت الوفاة سبباً لانقضاء الدعوى، فقد انقضت من قبل بالحكم البات، وإنما تعتبر سببا لانقضاء العقوبة.[١]

٤- والوفاة سبب شخصى لانقضاء الدعوى الجنائية، بمعنى انه إذا تعدد المساهمون فى الجريمة ومات أحدهم ؛ انقضت الدعوى ضده فقط، ولكنها تظل قائمة ضد سائر المساهمين، وعلة ذلك أن سبب الانقضاء قد تحقق فى شخص من مات دون سواه، ويرد على هذا الأصل استثناء خاص فى جريمة الزنا، "فإذا ماتت الزوجة الزانية أثناء الدعوى ؛ انقضت بالنسبة لها وبالنسبة لشريكها معا".[٢]

ولقد نصت المادة ١٤ فى فقرتها الثانية على أن "وفاة المتهم لا تمنع من الحكم بالمصادرة للمضبوطات التى يعد صنعها أو حيازتها أو بيعها جريمة". وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا حدثت الوفاة أثناء نظر الدعوى، فإنه يكون من المتعين الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية بوفاة المتهم، ومصادرة المخدر المضبوط".[٣]

٢٠٣- علم المحكمة بوفاة المتهم:

ويثور التساؤل حول علم المحكمة بوفاة المتهم حتى تنتج أثرها فى انقضاء الدعوى الجنائية بها. وهذه الحالة لا تخرج عن فرضين:

الأول: إذا أصدرت المحكمة حكمها فى موضوع الدعوى بالبراءة أو الإدانة بعد وفاة المتهم التى كانت تجهلها، كان هذا الحكم "منعدما" ؛ ذلك أن الدعوى قد انقضت بالوفاة، ولا عبرة لجهل المحكمة بها ؛ ومن ثم يكون الحكم صادرا فى غير دعوى قائمة.

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق ص١٩٠ .
٢- د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق ص١٩١، د. رءوف عبيد: الإجراءات ص١٢٢ .
٣- نقض جنائى جلسة ٧ نوفمبر١٩٩١ س٤٢ ق١٦١ ص١١٧٥ .

الثاني: أما إذا قضت المحكمة بانقضاء الدعوى معتقدة وفاة المتهم ؛ ثم تبين أنه مازال حيا، فإن مثل هذا الحكم لا تنقضى به الدعوى لأنه ليس حكما فاصلا فى موضوعها بالبراءة أو الإدانة، والقاعدة أنه لا يحوز قوة إنهاء الدعوى غير الأحكام الفاصلة فى الموضوع ؛ أما هذا الحكم فهو حكم "بعدم القبول" لوجود عقبة إجرائية اعترضت تحريك الدعوى أو سيرها، وهذه العقبة هى الوفاة، فإذا ثبت بعد ذلك انه لا وجود لها لان المتهم مازال حيا جاز تحريك الدعوى أو تعين أن تستأنف سيرها، ما لم تكن قد انقضت بسبب آخر من أسباب الانقضاء كالمدة مثلا، وشأن هذا الحكم شأن كل حكم بعدم القبول يقرر وجود عقبة إجرائية، ثم يتبين عدم وجودها. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "الحكم الذى يصدر فى الدعوى الجنائية بانقضاء الحق فى إقامتها بسبب وفاة المتهم لا يمكن عده حكما من شأنه أن يمنع إعادة نظر الدعوى إذا تبين أن المتهم لا يزال حيا، لأنه لا يصدر فى دعوى مرددة بين خصمين معلنين بالحضور، أو حاضرين يدلى كل منهما بحجته بها ثم تفصل فى الخصومة المرفوعة بها بين خصمين معلنين بالحضور، بل يصدر غيابيا بغير إعلان لا للفصل فى خصومة أو دعوى ؛ بل لمجرد الإعلان من جانب المحكمة بأنها لا تستطيع بسبب القول بوفاة المتهم إلا الوقوف بالدعوى الجنائية عند هذا الحد لأن الحكم لا يكون لميت أو على ميت. فإذا ما تبين أن هذا الإعلان بنى على أساس خاطئ، فلا يصح القول بأن هناك حكما حاز قوة الشيء المحكوم فيه يحول دون العدول عنه"[1]

ولقد اتجهت محكمة النقض فى حكم حديث لها إلى اعتبار الحكم الذى يصدر بانقضاء الدعوى الجنائية لوفاة المتهم ثم يتبين أن المتهم لا يزال على قيد الحياة إلى اعتبار ذلك نوع من الخطأ المادى الذى يجوز لمحكمة الموضوع إصلاحه وأن السبيل لتدارك ذلك يكون بالرجوع إلى المحكمة نفسها التى

١- نقض جنائى جلسة ٢٤ أبريل ١٩٢٩ المحاماة س٢٠ ص٢١ رقم ٩ جلسة ١٥ يناير ١٩٤٥ س٤٦ المجموعة الرسمية ص١٤ .

أصدرته لتستدرك هى خطأها، فقالت فى هذا الحكم "أن ما وقعت فيه المحكمة بإصدارها حكم بانقضاء الدعوى الجنائية بوفاة المتهم، ثم تبين أن المتهم لا يزال على قيد الحياة، إنما هو مجرد خطأ مادى. من سلطة محكمة الموضوع إصلاحه، وسبيل ذلك الرجوع إلى المحكمة نفسها التى أصدرته لتستدرك هى خطأها. إذ لا يجوز أن يلجأ إلى محكمة النقض لتصحيح مثل هذا الخطأ ؛ لأن محكمة النقض ليست سلطة عليا فيما يتعلق بالوقائع وتصحيحها، ولأن طريق الطعن لديها غير اعتيادى لا يسار فيه إلا حيث لا يكون هناك سبيل لمحكمة الموضوع لتصحيح ما وقع من خطأ".[1]

٢٠٤- الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بوفاة المتهم سبب تختص به الدعوى الجنائية:

والوفاة سبب للانقضاء تختص به الدعوى الجنائية، أما الدعوى المدنية فيخلف المتهم المتوفى فيها ورثته. فإذا أقيمت الدعويان الجنائية والمدنية أمام المحكمة الجنائية ثم توفى المتهم ؛ انقضت الدعوى الجنائية قبله، ولكن الدعوى المدنية تستمر ضد ورثته أمام هذه المحكمة. (مادة ٢٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية) .وإذا توفى المتهم قبل أن ترفع الدعويان لم يجز إقامة الدعوى المدنية إلا أمام القضاء المدنى.[2]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا انقضت الدعوى الجنائية بعد رفعها بسبب من الأسباب الخاصة بها ؛ كموت المتهم أو العفو عنه، فلا يكون لذلك تأثير فى سير الدعوى المدنية المرفوعة معها وتستمر المحكمة الجنائية فى نظرها إذا كانت مرفوعة إليها، عملا بالمادة ٢٥٩ إجراءات جنائية"[3]

١- نقض جنائى جلسة ٧ فبراير١٩٩٥ س٤٦ ق٤٦ ص٣٢٣ .

٢- Stefani,levasseir Bouloc.op. cit no.120 p.115

٣- نقض جنائى جلسة ١٨ فبراير ١٩٩٢ س٤٣ ق٢٩ ص٢٤٧، جلسة ٩ مايو ١٩٩٣ س٤٤ ق٦٤ ص٤٥٢ سالف الإشارة إلى هذه الأحكام.

٢٠٥- تعلق الدفع بالنظام العام:

والدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالوفاة شأنه فى ذلك شأن سائر الدفوع التى تثار بشأن انقضاء الدعوى الجنائية، تتعلق بالنظام العام، ويترتب على ذلك الآثار المعتادة لتعلق الدفع بالنظام العام من حيث جواز التمسك به فى أى مرحلة من مراحل الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا اتضح لها من مقومات الدعوى. وهو من الدفوع الجوهرية التى يتعين على المحكمة أن تتناوله بالرد فى أسباب حكمها وإلا كان معيبا بالقصور المبطل. وهو دفع ذو طابع أولى شأنه فى ذلك شأن سائر الدفوع الشكلية على ما سلف القول.

المطلب الثالث
الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية
لسبق صدور حكم بات فيها

٢٠٦- تمهيد:

نصت المادتان ٤٥٤، ٤٥٥ من قانون الإجراءات الجنائية على قوة الحكم البات كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية . فالمادة ٤٥٤ تنص على انه "تنقضى الدعوى الجنائية بالنسبة للمتهم المرفوعة عليه، والوقائع المسندة فيها إليه بصدور حكم نهائى فيها بالبراءة أو الإدانة، وإذا صدر حكم فى موضوع الدعوى الجنائية، فلا يجوز إعادة نظرها إلا بالطعن فى هذا الحكم بالطرق المقررة فى القانون". أما المادة ٤٥٥ فتنص على أنه "لا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم فيها نهائيا بناء على ظهور أدلة جديدة أو ظروف جديدة أو بناء على تغيير الوصف القانونى للجريمة"، ويسترشد أغلب الفقهاء فى مصر بنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات لتوضيح وتفصيل نص المادة ٤٥٤ إجراءات جنائية.

والاعتراف للحكم البات بقوة إنهاء الدعوى الجنائية لا يرتهن فى الحقيقة بنص يقرره، إذ هو خلاصة حتمية لخطة الشارع فى حصر طرق الطعن فى الأحكام، وتحديده لكل منها ميعادا وإجراءات محددة، إذ مؤدى ذلك عدم جواز مناقشة عيوب الحكم عن غير هذه الطرق ؛ فإن أغفلت فلا وسيلة إلى هذه المناقشة أبدا، ويعنى ذلك عدم قبول أى إجراء يهدف إلى ذلك أى استقرار الحكم على نحو بات وانقضاء الدعوى نفسها.[1]

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات الجنائية ص١٥٥ بند٤٩ .

وقوة الحكم الجنائى فى إنهاء الدعوى الجنائية هى "نظام إجرائى" بحت، فليس من شأنها أن تضع تنظيما للعلاقة بين أطراف الدعوى، وتقتصر آثار الحكم ذى القوة على مجرد حظر تحريك الدعوى التى انقضت بهذا الحكم، وهذه الآثار إجرائية بحتة لا مساس لها بأصل الحق.[1]

٢٠٧- شروط صحة الدفع بقوة الحكم الذى تنقضى به الدعويان المدنية والجنائية:

يذهب الرأى الغالب فى الفقه الفرنسى[2] إلى وحدة هذه الشروط فى القانونين المدنى والجنائى استنادا لنص المادة ١٣٥١ من القانون المدنى الفرنسى التى تقرر أنه "لا محل لحجية الأمر المقضى إلا بالنسبة لموضوع الحكم. ويجب أن يكون الشىء المطلوب واحدا، وأن يكون الطلب مستندا إلى السبب نفسه وقائما بين الخصوم أنفسهم ومقاما عنهم أو عليهم بالصفة نفسها". بينما يذهب جانب من هذا الفقه[3] مذهبا أخر يرى فيه أن الشروط ليست واحدة فى القانونين ؛ وحجتهم فى ذلك أن النص المدنى وضع ليواجه مشاكل مدنية، فلم يكن فى ذهن واضعيه أنه يصلح للتطبيق على الإجراءات الجنائية، والدليل على ذلك أنه قد أشار إلى شروط لا محل لتطلبها فى الإجراءات الجنائية كاتحاد الصفة لدى الخصوم ؛ إذ لا يحفل الشارع الجنائى بصفة الخصوم، وإنما تعنيه أشخاصهم، بالإضافة إلى ذلك فقد أشار النص المدنى إلى شروط تتوافر دائما فى الإجراءات الجنائية، فلا تقوم حاجة إلى التصريح بها كوحدة الادعاء والموضوع. ويذكر بعض هؤلاء الفقهاء كذلك

١- أ. على زكى العرابى: الإجراءات ج٢ رقم ٧٥٧ ص٣٦٨، د. محمود محمود مصطفى الإجراءات المرجع السابق رقم ١١٢ ص١٤٦، د. حسن صادق المرصفاوى: الإجراءات المرجع السابق ص٨٤٣، د. احمد فتحى سرور: الإجراءات المرجع السابق ص٤٩٧، د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص١٢٠٧، د. نجيب حسنى: الإجراءات بند٢٤٤ ص٢٢٢ .

٢- Garraud , Vt no 2267 p.215 op. cit. Vidal et Magnol, 11674 p. 997.

٣- Faustin Hêlie , no. 997 p.588 op. cit

أن وحدة الخصوم ليست شرطا للدفع بقوة الحكم الجنائى فى إنهاء الدعوى الجنائية ؛ ذلك أن الحكم إذا أنهى الدعوى كانت له قوته فى مواجهة من لهم حق الادعاء ولو لم يشتركوا فيها ؛ فإذا صدر الحكم فى دعوى حركتها النيابة العامة كانت له قوته فى مواجهة المدعى المدنى، بل إن وحدة المتهم ليست شرطا فى الدعويين، ذلك أن الحكم الذى يصدر فى دعوى أقيمت ضد فاعل الجريمة قد تكون له قوته فى دعوى تالية تقام ضد شريكه، وفى النهاية يشيرون إلى اختلاف الإجراءات الجنائية عن الإجراءات المدنية، وحاجة كل فرع إلى نصوص خاصة تلائمه.

ويرى جانب من الفقه المصرى[1] - ونحن نؤيده - أن الحجج السابقة ليست حاسمة، فالإشارة إلى شروط لها محلها فى الإجراءات المدنية دون الجنائية تفسرها إرادة المشرع فى وضع قواعد عامة تسرى على الإجراءات فى كل فروعها، أما النص على شروط تتوافر حتما فى الإجراءات الجنائية فيبرره الحرص على الوضوح والاجتهاد فى الجمع بين كل الشروط المتطلبة.

ويستطرد هذا الرأى مقررا أنه لا محل لإقامة تفرقة أساسية بين الدفع بانقضاء الدعوى المدنية بالحكم البات، والدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بهذا الحكم أيضا ففى الحالين يقوم على نفس الاعتبارات أخصها كفالة الاستقرار للمراكز القانونية التى ينشؤها الحكم أو يقررها، ويفترض هذا الدفع فى الحالين دعويين: إحداهما صدر الحكم فيها، وثانيهما يثور الدفع فيها وللدعوى عين العناصر سواء كانت مدنية أم جنائية، فلا دعوى بغير أطراف ولا دعوى دون موضوع ولا دعوى بغير سبب، ولذلك يكون من المنطق إلى تتحد شروط هذا الدفع فى الحالين.[2]

١- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى فى إنهاء الدعوى الجنائية ص١٥٨ وما بعدها.
٢- د. نجيب حسنى: المرجع السابق ص١٥٩ .

وعلى ذلك اتفق الرأى الغالب[1] فى الفقه المصرى على أن شروط صحة الدفع بقوة الشىء المقضى فى القانونين المدنى والجنائى واحدة.

وسوف نتعرض للدفع بحجية الحكم الجنائى أمام المحكمة الجنائية وأمام المحكمة المدنية فى فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول: الدفع بحجية الحكم الجنائى أمام المحكمة الجنائية.

الفرع الثانى: الدفع بحجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية.

١- د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات بند١١١ ص١٤٦، د. مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية معلقا عليه بأحكام النقض ص١٢١٥، د. فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات بند١٤٦ ص١٥٦، د. أحمد فتحى سرور: الوسيط فى الإجراءات بند٦٦٤ ص١١٢٥، د. فتحى المصرى: الدفع بقوة الشئ المقضى ص٣٩ وما بعدها، الأستاذ. على زكى العرابى: الإجراءات ج٢ بند رقم ٧٥٩ ص٣٦٩، د. أحمد محمد إبراهيم: الإجراءات ص ٥٢٥، الأستاذ: محمد العشماوى: قواعد المرافعات فى التشريع المصرى المقارن ط ١٩٥٧ مكتبة الآداب ومطبعتها بمصر بند ١٢٠ ص ٧٤٢، الديناصورى: التعليق على قانون المرافعات ص ٣٧٥ .

الفرع الأول
الدفع بحجية الحكم الجنائى أمام المحكمة الجنائية

٢٠٨- شروط صحة الدفع بحجية الحكم الجنائى أمام المحكمة الجنائية:

اشترط الفقهاء لصحة هذا الدفع الشرطين الآتيين:

أولا: صدور حكم بات.

ثانيا: توافر عنصرى الدعوى التى صدر فيها الحكم البات والتى يراد الدفع فيها بانقضاء الدعوى لصدور حكم بات فيها. وتتمثل هذه العناصر فيما يأتى:

وحدة الموضوع، وحدة الخصوم، ووحدة السبب[1]. وسوف نعرض لكل من هذين الشرطين بشىء من التفصيل موضحين أحكام محكمة النقض المؤيدة لتوافر كل شرط من هذه الشروط فى الدفع:

٢٠٩- أولا: صدور حكم بات:

ويشترط كما سلف القول لصحة الدفع بقوة الشىء المحكوم فيه فى المسائل الجنائية أن يكون هناك حكم جنائى نهائى وبات سبق صدوره من محكمة جنائية. ويكون كذلك أما بصدور حكم من محكمة النقض فى الدعوى، أو بفوات مواعيد الطعن فيها وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان البين من المفردات المضمومة أن الحكم الصادر فى الجنحة... سنة ...لم يصبح

١- نقض جنائى جلسة ١٦ مايو ١٩٩١ س٤٢ ق١١٧ ص٨٤٠ .

نهائيا بعد إذ قد صدر من محكمة أول درجة حضوريا اعتباريا ولم يعلن بعد للطاعنة، فإن الحكم إذ انتهى إلى رفض الدعوى بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها فى تلك الجنحة، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون".[1]

وتفترق حجية الحكم البات السالف الإشارة إليه فى المادة ٤٥٤ إجراءات جنائية عن حجية الأمر بالأوجه لإقامة الدعوى التى تصدره سلطة التحقيق (المادتين ١٥٤، ٢٠٩ إجراءات جنائية) فى أن الحجية المؤقتة للحكم تكتسب "قوة الأمر المقضى" إذا ما أصبح الحكم نهائيا وباتا، أما حجية الأمر بالا وجه لإقامة الدعوى "قوة الأمر المقضى" فتظل مؤقتة دائما إلى أن تسقط الدعوى الجنائية بمضى المدة، فلا يمنع من العودة إلى التحقيق (أى إلى إعادة السير فى الدعوى) إذا ظهرت أدلة جديدة قبل انتهاء المدة المقررة لسقوط الدعوى الجنائية (م ١٩٧، ٢١٣ إجراءات جنائية) .

وهذا الرجوع إلى الدعوى الجنائية لظهور أدلة جديدة هو ما ينفيه نص المادة ٤٥٥ إجراءات جنائية بعد أن يحكم فى الدعوى نهائيا. وهذا النص ينفى حق سلطة التحقيق ذاتها فى العودة إلى التحقيق لظهور أدلة جديدة، لأن ذلك يعتبر رجوعا إلى الدعوى الجنائية، فى حين أن حقها فى العودة إلى التحقيق يظل قائما فى حالة الأمر بالا وجه لإقامة الدعوى إلى أن تسقط بمضى المدة. على أن حجية الأمر بالا وجه لإقامة الدعوى تمنع الرجوع إلى الدعوى الجنائية عن طريق إحالتها مباشرة إلى المحكمة المختصة، وإنما يكون الرجوع إلى الدعوى فى هذه الحالة عن طريق العودة إلى التحقيق أولا، ثم اتخاذ قرار فيه بإحالة الدعوى إلى المحكمة.[2]

٢١٠- ثانيا: عناصر تحقق وحدة الدعوى:

١- وحدة موضوع الدعويين: موضوع الدعوى الجنائية هو طلب توقيع

١- نقض جنائى جلسة ١٣ أبريل ١٩٩٢ س٤٣ ق٥٩ ص٤٠١ .
٢- د. حسن علام: الإجراءات المرجع السابق ص٧٧٦ وما بعدها.

العقوبة التى رسمها القانون، فإذا أقيمت الدعوى الجنائية وحكم فيها بالعقوبة أو بالبراءة نهائيا، فهذا الحكم يحول دون إعادة طرح الدعوى من جديد لتوقيع عقوبة تكميلية مثلا أو لتغيير العقوبة المقضى بها تخفيفا أو تشديدا، أما الحكم الصادر من جهة تأديبية فهو لا يحول دون رفع الدعوى الجنائية لأن موضوعه غير موضوع الدعوى الجنائية، فضلا عن صدوره من جهة غير قضائية كما ذكرنا.[١]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كانت قوة الشيء المقضى به مشروطة باتحاد الخصوم والموضوع والسبب فى الدعويين، وكانت دعوى إصدار شيك بدون رصيد قائم وقابل للسحب تختلف موضوعا عن دعوى تزوير الشيك واستعماله مع العلم بتزويره، فإن الحكم الصادر فى الدعوى الأولى لا يحوز قوة الشيء المقضى به بالنسبة للدعوى الثانية، ولما كان الحكم المطعون فيه قد عول - فيما عول عليه - فى إدانة الطاعن على ما وقر فى ذهن المحكمة خطأ من أن الحكم الصادر فى تهمة إصدار الشيك بدون رصيد برد وبطلان الشيك لتزويره يحوز قوة الأمر المقضى به فى الدعوى مثار الطعن، فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون".[٢]

٢- وحدة الواقعة فى الدعويين: قوة الأحكام نسبية، فهى مقصورة على الوقائع التى فصلت فيها (راجع م ٤٥٤) فيلزم أن تكون الواقعة التى يحاكم المتهم عنها هى بعينها الواقعة التى كانت محلا للحكم السابق، و لا يغنى عن ذلك أن تكون من نفس نوعها، أو أن تتحد معها فى الوصف القانونى، أو حتى تكون الواقعتان حلقة من سلسلة وقائع متماثلة ارتكبها المتهم لغرض واحد. لذا كان للتفرقة بين الجريمة الوقتية والمستمرة من جانب والجريمة الوقتية والوقتية المتتابعة الأفعال من جانب ثان، وجريمة الاعتياد والجريمة البسيطة

١- د. رءوف عبيد: الإجراءات ص١٥٦، د. نجيب حسنى: الإجراءات رقم ٢٦٣ ص٢٤٠ .
le poittevin , art 360 no. 60.

٢- نقض جنائى جلسة ٣٠ مايو١٩٧٦ س٢٧ ص٥٥٨ .

من جانب ثالث أهميتها البالغة فى هذا النطاق، وذلك تبعا لما إذا كان يعتبر نشاط الجانى فى كل منهما واقعة واحدة قائمة بذاتها أم عدة وقائع مستقل بعضها عن البعض الأخر.[١]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لا يكفى للقول بوحدة السبب فى الدعويين أن تكون الواقعة الثانية من نوع الواقعة الأولى أو أن تتحد معها فى الوصف القانونى أو أن تكون الواقعتان كلتاهما حلقة من سلسلة وقائع متماثلة ارتكبها المتهم لغرض واحد، إذا كانت لكل واقعة ذاتية خاصة وظروف خاصة تتحقق بها المغايرة التى يمتنع معها القول بوحدة السبب فى كل منهما، وإذ كان الثابت مما أورده الحكم المطعون فيه أن القضية السابقة محلها جريمة إعطاء شيك بدون رصيد على حين أن موضوع الدعوى المطروحة هو جريمة خيانة أمانة منسوبة إلى المطعون ضده، وهى من ثم واقعة مغايرة تماما لتلك التى كانت محلا للحكم السابق صدوره فى الجنحة آنفة البيان. مما لا يحوز معه الحكم السابق الحجية فى الواقعة الجديدة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون".[٢]

٣- وحدة الخصوم فى الدعويين: المدعى فى الدعوى الجنائية هو النيابة العامة دائما وحتى لو حركت بطريق الادعاء المباشر من المدعى المدنى، إذ أن هذا الأخير يعتبر خصما فى الدعوى المدنية وحدها. ولذلك يمتنع تجديد الدعوى على النيابة حتى إذا كان الطرف الذى أقامها فى المرة السابقة هو المدعى المدنى وقضى فيها بالبراءة، كما يمتنع على المدعى المدنى إذا كان الطرف الذى أقامها فى المرة السابقة هو النيابة العامة لنفس السبب المذكور أنفا، فالمتهم - أى المدعى عليه - فى الدعوى الجنائية هو وحده الطرف الذى يمكن أن يتغير فيها من واقعة إلى أخرى، والقاعدة هى أن قوة الحكم نسبية

١- د. رءوف عبيد: مبادئ القسم العام من التشريع العقابى ط١٩٦٥ دار الفكر العربى ص١٥٩: ١٦٨ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٣ أكتوبر١٩٩٣ س٤٤ ق١٢٤ ص٨٠٢ .

أى مقصورة على المتهم المرفوعة عليه الدعوى دون غيره، كما هى مقصورة على الوقائع التى فصل فيها دون غيرها. ومن ثم فإن الحكم على المتهم لا يحول دون تجديد الدعوى على متهم أخر فى نفس الواقعة بوصفه شريكا أو فاعلا أصليا. إلا أنه إذا كان من المسلم به أن الجريمة لم تصدر إلا من متهم واحد فيجوز عندئذ الطعن فى الحكمين بطريق إعادة النظر للتعارض بينهما.

أما إذا كان قد صدر حكم نهائى فى دعوى أقيمت قبل متهم معين، وقد نفى وقوع الجريمة أصلا، أو أضفى عليها سببا عينيا من أسباب الإباحة أو انقضاء الدعوى بمثل التقادم أى لم تبن البراءة على أسباب شخصية خاصة بالمتهم الذى حوكم، بل على أسباب عينية متصلة بذات الفعل أو بالدعوى، مثل استعمال حق مقرر بمقتضى القانون كالدفاع الشرعى، أو أداء الموظف لواجبات وظيفته أو لأسباب عينية مستمدة من وقائع الدعوى، مثل قول الحكم النهائى حائز الحجية بأن الواقعة غير صحيحة أو بأن الجريمة ملفقة من أساسها، فينبغى أن يستفيد منه كل من اتهم بارتكاب نفس الواقعة معه سواء أكان فاعلا أصليا أم شريكا، وسواء قدم المتهمون إلى المحكمة معا أم قدموا على التوالى بإجراءات مستقلة، وذلك على أساس وحدة الواقعة وارتباط مركز المتهمين فيها ارتباطا لا يقبل التجزئة ولا يسمح بالمغايرة فى المعاملة بينهم،[1] وبأنه فى المواد الجنائية يجب دائما للتمسك بحجية الأحكام الصادرة بالعقوبة تحقق الوحدة فى الموضوع والسبب والخصوم، فمناط حجية الأحكام هى وحدة الخصوم والموضوع والسبب. وإذا كان الطاعن لا يدعى محاكمة جنائية جرت له تتحد موضوعا وسببا وأشخاصا مع الدعوى الماثلة وصدر فيها حكم معين، فإن منعى الطاعن غلى الحكم بأن القضاء بإدانته إخلال بقاعدة قوة الشىء المقضى به يكون غير سديد.[2]

١- نقض جنائى جلسة ٣١ يناير ١٩٦٧ س١٨ ق١٦ ص١٣٧ .

٢- نقض جنائى جلسة ٦ يونيو ١٩٧٧ س٢٨ ص٧٢٧، جلسة ٩ نوفمبر ١٩٩٧ ط رقم ١٠٤٤٢ لسنة ٦٠ ق منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة ٣٠ ص٧١٠ .

٢١١- آثار توافر الشروط الخاصة بالدفع:

متى توافرت الشروط السابقة تعين على المحكمة التى تنظر الدعوى الجديدة أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، وإذا كان الدفع قد دفع به أمام المحكمة الاستئنافية، وقبلته تحكم بإلغاء الحكم المطعون فيه الذى قضى برفض الدفع واستنفد بذلك ولايته فيه وبعدم جواز نظر الدعوى، أما إذ كان الحكم الصادر من محكمة أول درجة بعدم جواز نظر الدعوى ورأت محكمة الاستئناف إلغاءه فإنها تحكم بإلغاء الحكم المستأنف وتعيد الدعوى لمحكمة أول درجة لنظر الموضوع حتى لا تفوت على المتهم درجة من درجتى التقاضى.[١] والحال كذلك فيما لو دفع به لأول مرة أمام محكمة النقض. والدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها متعلق "بالنظام العام". ويترتب على ذلك أنه على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها حتى ولو تنازل المتهم عن التمسك به. وإذا دفع به تعين على المحكمة أن تحققه وترد عليه إذا تبين لها عدم توافر شروطه، وعدم ردها على ذلك أو إغفالها الرد يعيب الحكم.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها من النظام العام وتجوز إثارته فى أية حالة كانت عليها الدعوى، وكان البين أن الطاعن قد أقام دفاعه على هذا الدفع مما كان لازمه أن تعرض له المحكمة فتقسطه حقه إيرادا له وردا عليه، أما وهى لم تفعل فإن حكمها يكون معيبا بالقصور".[٢]

كما قضت أيضا فى بيان وجه القصور فى الحكم حينما ترد المحكمة على هذا الدفع ردا غير كاف بأنه " لما كانت محكمة الموضوع قد اكتفت فى قبول الدفع المثار من المطعون ضدها بقولها أن الصورة الرسمية المقدمة للمحضر مؤرخ بنفس تاريخ المحضر واسم المبلغ ومكان الواقعة - دون بيان - لوقائع الجنحة الأخرى وأساس وحدة الجريمة بينها وبين الجنحة موضوع الطعن الحالى، وما إذا كان الحكم

١- نقض جنائى جلسة ٤ يوليو ١٩٩٣ غير منشور سالف الإشارة إليه بالبند٧٤ من البحث.
٢- نقض جنائى جلسة ٢٩ مارس ١٩٩٥ س٤٦ ق٩٤ ص٦٢٨ .

الصادر فى الدعوى الأولى نهائيا، وبذلك جاء الحكم مشوبا بقصور فى بيان العناصر الكافية والمؤدية إلى قبول الدفع أو رفضه - مما يتسع له وجه الطعن - بما يعجز هذه المحكمة عن الفصل فيما هو مثار من خطأ الحكم المطعون فيه فى تطبيق القانون ابتغاء الوقوف على وحدة الفصل فى موضوع الدعويين أو تعدده على استقلال أو تعدده مع وحدة الغرض والارتباط."[1]

وتعلق الدفع بالنظام العام يترتب عليه أيضا أنه يجوز إبداؤه أول مرة أمام محكمة النقض. غير أن قبوله أمام محكمة النقض لأول مرة يتوقف على مدى ما إذا كان يحتاج إثباته إلى تحقيق موضوعى من عدمه، فإذا كان يحتاج إلى تحقيق موضوعى فلا يقبل الدفع باعتبار أن محكمة النقض غير مخولة قانونا بأجراء مثل هذا التحقيق، وهذا ما عنته محكمة النقض المصرية حين قضت بأن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها وإن كان متعلقا بالنظام العام، وتجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض إلا أنه يشترط لقبوله أن تكون مقوماته واضحة من مدونات الحكم المطعون فيه أو تكون عناصر الحكم مؤدية إلى قبوله بغير حاجة إلى إجراء تحقيق موضوعى لأن هذا التحقيق خارج عن وظيفة محكمة النقض.[2] وهذا الدفع وإن كان بحسب التقسيم الوارد فى هذا البحث - دفع شكلى - إلا أن له آثار موضوعية تتمثل كما سبق القول أن محكمة الاستئناف إن اتضح لها صحة الدفع فهى تقضى بعدم جواز نظر الدعوى من تلقاء نفسها دون إعادة الدعوى لمحكمة أول درجة للفصل فى الدفع لأن الأخيرة تكون قد استنفدت ولايتها بالقضاء برفضه. غير أن ذلك لا ينفى عن الدفع ذاتيته "الشكلية" وأنه لا ينفذ إلى موضوع الدعوى نفسه. وأنه بحسب الطبيعة الإجرائية دفع ذو طابع أولى.

١- نقض جنائى جلسة ٢٥ يناير ١٩٩٥ س٤٦ ق٣٥ ص٢٦٩ .

٢- نقض جنائى جلسة ٩ اكتوبر ١٩٦٧ س١٨ ق١٩٣ ص٩٥٥، جلسة ١٤ مايو ١٩٨٥ س٣٦ ق١١٦ ص٦٥٤، جلسة ١٩ مارس ١٩٩٥ س٤٦ ق٨٦ ص٥٨٠ .

الفرع الثانى
الدفع بحجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى

٢١٢- تمهيد:

إذا أصدرت المحكمة الجنائية حكما فاصلا فى موضوع الدعوى الجنائية، وكانت الدعوى المدنية منظورة أمام القضاء المدنى، فالقاعدة هى أن الحكم الجنائى يحوز الحجية أمام القضاء المدنى فيما فصل فيه وكان فصله ضروريا للحكم فى الدعوى الجنائية. وقد نصت على هذه القاعدة المادة ٤٥٦ إجراءات تحت عنوان أثر الحكم الجنائى بالنسبة للمحاكم المدنية حيث جاء بها "ويكون للحكم الجنائى الصادر من المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة قوة الشىء المحكوم به أمام المحكمة المدنية فى الدعاوى التى لم يكن قد فصل فيها نهائيا فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانونى ونسبتها إلى فاعلها. ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بنى على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة. ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون". والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات بقولها "لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا".

٢١٣- شروط حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى:

ولكى يكون للحكم الجنائى الصادر فى الدعوى الجنائية حجية أمام القضاء المدنى المنظورة أمامه الدعوى المدنية يشترط اتحاد الواقعة فى الدعويين المدنية

والجنائية، وهى العلة التى من اجلها يكون للحكم الجنائى الفاصل فيها حجية أمام المحكمة المدنية التى تتعرض لذات الواقعة.[1] ولا يلزم أن يكون هناك اتحاد فى الخصوم أو فى الموضوع كما هى القاعدة العامة فى حجية الأحكام، ومن ثم فإن حجية الحكم الجنائى هنا أمام المحكمة المدنية هى استثناء من القواعد العامة المتعلقة بحجية الأحكام والتى تستلزم اتحادا فى السبب والموضوع والخصوم ؛ إذ يكفى هنا للاحتجاج بالحجية أن تكون هناك وحدة فى الواقعة. ويحتج بها على الكافة حتى على الأشخاص الذين لم يكونوا خصوما فى الدعوى الجنائية، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "يجب أن تكون للحكم الجنائى الصادر بالإدانة حجية أمام المحاكم المدنية متى كان أساس الدعوى المدنية هو ذات العمل الذى فصلت فيه المحكمة الجنائية وإلا أدى ذلك إلى وجود تناقض بين الحكم الجنائى والحكم المدنى بشأن فعل واحد بعينه هو الذى استوجب العقاب".[2]

كما يشترط أن يكون الحكم صادرا فى موضوع الدعوى الجنائية بالإدانة أو بالبراءة أى فاصلا فى الموضوع، فيخرج بذلك الأحكام غير الفاصلة، كالأحكام التمهيدية والتحضيرية وعدم القبول وعدم الاختصاص، فلا تحوز الحجية أمام القضاء المدنى، ويلاحظ أن الحكم الذى يتمتع بهذه الحجية هو الحكم ذو الطبيعة الجنائية فقط، أما إذا كان صادرا من المحكمة الجنائية فى الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجنائية : فإنه لا يحوز الحجية وإنما يخضع للقواعد العامة فى حجية الأحكام الصادرة فى الدعوى المدنية التى وردت أحكامها بالقانون المدنى وقانون المرافعات. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "المحاجة بقوة الأمر المقضى للحكم الجنائى الصادر من المحكمة الجنائية

١- د. مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية ص١٢٢٦، نقض جنائى جلسة ٢٢ يناير ١٩٦٨ س١٩ ق١٣ ص٧٢ .

٢- نقض جنائى جلسة ٢٤ فبراير ١٩٥٥ س٦ ص٩٥ .

فى موضوع الدعوى الجنائية لا تكون وفق المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية. إلا لدى المحاكم المدنية، وليس لدى المحاكم االجنائية نفسها. وهى تنظر الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى الجنائية".[١]

كما يتعين أن يكون الحكم الجنائى حائزا لقوة الشىء المقضى به، أى يكون باتا، أما فى حالة الحكم غير النهائى ؛ فإن الدعوى الجنائية فى هذه الحالة مازالت أمام المحكمة الجنائية، ويتعين وقف الدعوى المدنية التى ترفع أمام المحاكم المدنية طبقا للمادة ٢٦٥ (أ.ج). وعلى ذلك لا تكون هناك حجية أمام القضاء المدنى للقرارات الصادرة من سلطات التحقيق بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية، حتى ولو صارت نهائية ؛ لأنها ليست أحكاما. وكذلك الأمر بالنسبة للأمر الجنائى إذ أنه ليس حكما بالمعنى الدقيق، ومن ثم فهو الآخر لا يحوز الحجية أمام القضاء المدنى.[٢]

وقد تأيد ذلك بالتعديل الأخير فى قانون الإجراءات إذ أضيفت فقرة أخيرة إلى المادة ٣٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية، ونصت على انه لا يكون للأمر الجنائى فى موضوع الدعوى الجنائية حجية أمام القضاء المدنى.[٣]

ويشترط كذلك ألا تكون الدعوى المدنية أمام القضاء المدنى قد فصل فيها بحكم اكتسب قوة الشىء المقضى به. إذ يجب أن تكون الدعوى المدنية مازالت منظورة أمام القضاء المدنى، وأن يكون الحكم الجنائى قد فصل فى موضوع لازم للحكم فى الدعوى الجنائية.

١- نقض جنائى جلسة ٢٤ مارس ١٩٧٥ س٢٦ ص٢٨٠ .

٢- د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص١٢٢٩ وما بعدها، المستشار محمد وليد الجارحى: النقض المدنى ط ٢٠٠٠ ص٣٥٥ .

٣- عدلت المادة ٣٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية وأضيفت لها فقرة أخيرة بالقانون ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ ونصت على أن "ولا يكون لما قضى به الأمر الجنائى فى موضوع الدعوى الجنائية حجية أمام المحاكم المدنية".

٢١٤- العناصر التى تحوز الحجية فى الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى:

ليست جميع المسائل التى وردت بالحكم الجنائى تحوز الحجية أمام القاضى المدنى. فهذه الحجية مقصورة على بعض عناصر الحكم دون البعض الآخر، يستوى أن تكون قد وردت فى منطوق الحكم أو وردت فى جزء من الأسباب التى تعتبر مكملة للمنطوق. والمعيار الذى يهتدى به فى هذا الشأن هو أن جميع العناصر الفاصلة فى مسائل ضرورية ولازمة للحكم فى الدعوى الجنائية تتمتع بالحجية أمام القضاء المدنى. فإذا لم تكن ضرورية لذلك انتفت عنها صفة الحجية أمام القضاء المدنى.

والعناصر ذات الحجية أمام القضاء المدنى هى صحة وقوع الجريمة. والمقصود بذلك الوجود المادى والقانونى للجريمة، بمعنى أن القاضى المدنى ملزم بما ورد بالحكم الجنائى متعلقا بوقوع الفعل المادى المكون للجريمة، وحدوث النتيجة غير المشروعة وعلاقة السببية بينهما، فإذا انتهى الحكم الجنائى إلى أن الجريمة لم تقع أصلا، أو حكم بانتفاء رابطة السببية بين الفعل والنتيجة ؛ فلا يجوز للمحكمة المدنية أن تناقش وقوع الفعل أو أن تناقش علاقة السببية. وصحة وقوع الجريمة لا تشمل فقط النتيجة غير المشروعة التى تحققت وإنما أيضا الواقعة الإجرامية بجميع عناصرها وظروفها، وكيفية حدوثها وعناصرها النفسية المستوجبة للمسئولية الجنائية، أى أنها تشمل جميع العناصر التى بتوافرها تقوم الجريمة، ولذلك إذا حكم القاضى الجنائى بالإدانة فى جريمة قتل خطأ ؛ فلا يجوز للمحكمة المدنية مناقشة ثبوت الخطأ من عدمه ويتعين عليها أن تفصل فى موضوع الدعوى المدنية بما يتفق وما جاء بالحكم الجنائى، أما إذا كان الحكم الجنائى قد قضى بالبراءة لتخلف عنصر من عناصر الجريمة وبالتالى انتهى إلى انتفائها ؛ فإن القاضى المدنى لا يتقيد بهذا الحكم إلا إذا كانت الدعوى المدنية قد أسست على ذات العنصر الذى انتهت المحكمة الجنائية إلى تخلفه. أما إذا كان أساس الدعوى الجنائية

مختلف، فلا يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى. ومفاد ذلك أن القاضى المدنى يتقيد بالحكم الجنائى فيما فصل فيه إذا كان هناك اتحاد فى الواقعة بعناصرها المادية والمعنوية بين الدعويين. فإن اختلفت الواقعتان فى أحد عناصرهما فلا تتقيد المحكمة المدنية إلا بالنسبة للعناصر موضوع الاتفاق دون العناصر الأخرى. وتطبيقا لذلك فإن المحكمة المدنية لا تتقيد بحكم البراءة الصادر فى جريمة الإصابة الخطأ أو القتل الخطأ لانتفاء الإهمال وعدم الاحتياط إذا كانت الدعوى المدنية قد أسست على العنصر المادى للواقعة فقط باعتبار أن المشرع المدنى يفترض الخطأ فى جانب المدعى عليه. كما هو الشأن فى المسئولية عن فعل الحيوان. فهنا تتقيد المحكمة فقط بما جاء بالحكم الجنائى متعلقا بوقوع الفعل المادى، أما ما جاء به متعلقا بانتفاء الركن المعنوى فلا تتقيد به المحكمة باعتباره أمرا غير لازم لها للفصل فى الدعوى المدنية. أما الوقوع المادى للفعل فهو أمر ضرورى لها، ومن ثم يتعين عليها أن تلتزم بما جاء بالحكم الجنائى. ولذلك قضت محكمة النقض بأن "القاضى المدنى لا يرتبط بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم، وكان فصله فيها ضروريا. ومن ثم فإن قضاء الحكم المطعون فيه بعدم توافر الخطأ فى حق المطعون ضدهم لا يقيد المحكمة المدنية ولا يمنعها من القضاء للطاعنين بالتعويض بناء على أسباب قانونية أخرى، متى توافرت عناصره".[١]

كذلك تتقيد المحكمة المدنية بالوصف القانونى للواقعة والوارد بالحكم الجنائى ؛ فلا يجوز للمحكمة المدنية أن تحكم فى الدعوى المدنية المنظورة أمامها بناء على تكييف لها للواقعة بما يتناقض مع ما انتهى إليه الحكم الجنائى. فإذا حكمت المحكمة الجنائية مثلا بأن الواقعة ضرب جسيم ؛ فلا يجوز للمحكمة المدنية أن تعتبرها ضربا بسيطا وتقضى بناء على ذلك.

١- نقض جنائى جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٥٥ - نقض إيطالى مشار إليه بكتاب الدكتور مأمون سلامة. الإجراءات الجنائية ص١٢٣١، وجلسة ٣ فبراير ١٩٧٤ س٢٥ ص٨٠ .

كذلك يعتبر الحكم الجنائى حجة أمام القاضى فيما يتعلق بثبوت التهمة وصحة إسنادها قبل الفاعل، يستوى فى هذه الحالة أن يكون الحكم قاطعا فى نفى التهمة أو متشككا فيها ؛ فبراءة المتهم بناء على الثبوت القطعى بعدم ارتكابها يستوى مع البراءة المؤسسة على عدم كفاية الأدلة. وتأسيسا على ذلك إذا كانت البراءة لانتفاء التهمة تأسيسا على نفى الخطأ غير العمدى، فلا يجوز للقاضى المدنى بحث الإهمال أو عدم الاحتياط. ومع ذلك فإن مثل هذا الحكم الجنائى لا ينفى إمكان الحكم فى الدعوى المدنية بالتعويض إذا كان أساس الحكم المدنى ليس هو ثبوت التهمة أو ثبوت الخطأ أو ثبوت علاقة السببية وإنما كان مؤسسا على المسئولية المفترضة. وإذا كانت المسئولية المفترضة تنتفى بانتفاء رابطة السببية ؛ فإن الحكم الجنائى القاضى بانتفاء هذه الرابطة يعتبر حجة فيما قضى به بالنسبة للمحكمة المدنية.

٢١٥- الحالات التى لا يكون للحكم الجنائى حجية فيها أمام القضاء المدنى:

وعلى خلاف ما تقدم لا يكون للحكم الجنائى أمام القضاء المدنى حجية فى حالتين:

الأولى: هى الحكم بالبراءة لعدم العقاب على الفعل.

والثانية: هى ما فصل فيه الحكم الجنائى ولم يكن ضروريا للحكم الجنائى.

وفى النهاية فإن للدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالحكم البات طابعا أوليا مثله فى ذلك مثل سائر الدفوع الشكلية التى تلتزم محكمة الموضوع بالفصل فيه قبل الفصل فى موضوع الدعوى الجنائية.

المطلب الرابع
الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية للعفو عن الجريمة

٢١٦- مضمون الدفع بالعفو الشامل:

نصت على العفو الشامل "Amnistie " المادة ٧٦ من قانون العقوبات فى قولها "العفو الشامل يمنع أو يوقف السير فى إجراءات الدعوى أو يمحو حكم الإدانة، ولا يمس العفو حقوق الغير إلا إذا نص القانون الصادر بالعفو على خلاف ذلك". ونصت المادة ١٤٩ من الدستور على أن "العفو الشامل لا يكون إلا بقانون".

ويعنى العفو الشامل تجريد الفعل من الصفة الإجرامية بحيث يصير له حكم الأفعال التى لم يجرمها الشارع أصلا، والعفو الشامل بذلك يخرج الفعل من نطاق النموذج الإجرامى على الرغم من مطابقته له ومن ثم يتخذ صورة الاستثناء الوارد على نص التجريم إذ تعنى آثاره عدم تطبيق ذلك النص على الفعل الذى صدر العفو عنه. وعلة العفو الشامل هى التهدئة الاجتماعية بإسدال النسيان على جرائم ارتكبت فى ظروف سيئة اجتماعيا، فيريد الشارع بنسيان هذه الجرائم أن تحذف من الذاكرة الاجتماعية كى يتهيأ المجتمع أو يمضى فى مرحلة جديدة من حياته لا تشوبها ذكريات هذه الظروف.

والعفو الشامل نظام موضوع باعتباره يزيل الصفة الإجرامية للفعل ويحيله إلى فعل مشروع فهو بذلك ينفى أحد أركان الجريمة وهو الركن الشرعى ومن ثم يغلب عليه طابع الدفع الموضوعى وهذا التكييف ينأى به عن أن يكون مجرد "نظام إجرائى" ينحصر تأثيره فى أن يكون سببا لانقضاء الدعوى الجنائية، ولكن للعفو الشامل آثارا إجرائية تتولد عن طبيعته وآثاره الموضوعية السابقة ولذلك رأينا استعراضه ضمن الدفوع الشكلية لهذه الآثار الإجرائية فإذا صدر

قانون العفو الشامل قبل رفع الدعوى فهو يحول دون رفعها باعتبار أن الفعل المشروع لا تنشأ عنه دعوى جنائية، وإذا صدر بعد رفع الدعوى أنهاها فى أى مرحلة كانت عليها، وإذا صدر بعد الحكم البات بالعقوبة كان سببا لانقضائها. ويرى جانب من الفقه أن وصف العفو الشامل بأنه مجرد سبب لانقضاء الدعوى الجنائية هو وصف يجانب الدقة لأنه بتجريده الفعل من التكييف الإجرامى يجعل الدعوى الجنائية غير ذات وجود أصلا.[1] وهذا الرأى رغم صحته إلا أنه فى النهاية لا يرتب أثرا من الناحية العملية يخرج عن الإطار العام لتطبيق نص المادة ٧٦ عقوبات المشار إليه. وتقضى المحاكم باستمرار بانقضاء الدعوى الجنائية فى حالة توافر شروط الدفع به بما يعنى اعتباره سببا لانقضاء الدعوى الجنائية مثل الأسباب الأخرى لانقضاء الدعوى الجنائية والمشار إليها سلفا.

٢١٧- خصائص الدفع بالعفو الشامل:

للعفو الشامل أثر عام يمتد إلى جميع المساهمين فى الجريمة ذلك أنه أزال الصفة الإجرامية للفعل، فصار بذلك غير صالح محلا للمساهمة الجنائية. وللعفو الشامل أثر رجعى فهو يرتد من حيث تأثيره فى نفى الصفة الإجرامية للفعل إلى لحظة ارتكابه فكأنه مشروع منذ هذه اللحظة. ويتصل العفو الشامل بالنظام العام ومن ثم فإنه ليس من المقبول من المتهم أن يتنازل عنه ويطلب محاكمته، ويترتب على اتصاله بالنظام العام جواز الدفع به فى أى حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة النقض لأول مرة، وللمحكمة إثارته من تلقاء نفسها. وينحصر تأثير العفو الشامل على الآثار الإجرامية للفعل ولكن لا تأثير للدفع به على الآثار المدنية للفعل، فإذا كان قد ترتب عليه ضرر فحق المضرور فى تعويضه وما يقرره له القانون من دعوى مدنية لاقتضاء هذا الحق لا

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات ص١٩٣ وما بعدها.

يتأثران بالعفو الشامل وقد حرص القانون على تقرير ذلك فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٧٦ من قانون العقوبات على أن العفو "لا يمس حقوق الغير" وتأثير العفو الشامل على التكييف الإجرامى للفعل ينصرف إلى جميع الأوصاف التى يحتملها. وتطبيقا لذلك فإنه لا يجوز بعد صدور العفو الشامل عن الفعل واصفا إياه بوصف إجرامى معين أن يلاحق مرتكبه عنه بوصف إجرامى آخر.[1] وهو دفع ذو طابع أولى شأنه فى ذلك شأن ما سلف ذكره من الدفوع الشكلية.

١- د. رءوف عبيد: الإجراءات الجنائية ص١٤٩، د. احمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ط ١٩٩٣ ص١٦٨، على زكى العرابى: المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية ط ١٩٥١ بند٢٠٤ ص١٥٤، د. مصطفى القللى: أصول قانون تحقيق الجنايات ط ١٩٤٥ مطبعة الياس نورى بمصر ص٩٠.

المطلب الخامس
الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح

٢١٨- مضمون الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح:

أجاز القانون فى بعض الأحوال بإرادة النيابة العامة أو غيرها من الجهات أو بإرادة المتهم والمجنى عليهم معا إنهاء الدعوى الجنائية بطريق الصلح ؛ ويرجع نظام الصلح إلى عدة اعتبارات مختلفة هى:

١- تفاهة الجرائم وتوفير مصاريف الإجراءات.

٢- طبيعة المصلحة المحمية فى بعض الجرائم: مثل الجرائم الضريبية، وبوجه خاص التهرب الضريبى. فقد أجاز القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١- بإصدار قانون الضرائب على الدخل لوزير المالية - الصلح فى الجرائم الضريبية المنصوص عليها فى هذا القانون (المادة ١٩١). وأجاز القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بشأن الجمارك للمدير العام للجمارك أو من يندبه أن يجرى التصالح أثناء نظر الدعوى أو بعد الحكم فيها حسب الأحوال (المادة ١٢٤) . وأجاز القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٦ تنظيم التعامل بالنقد الأجنبى المعدل بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ للوزير المختص - فى حالة عدم الطلب أو فى حالة تنازله عنه إلى ما قبل صدور حكم نهائى فى الدعوى - أن يصدر قرارا بالتصالح]المادة ١٤ .[وأجاز القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون ضريبة التمغة لوزير المالية أو من يندبه حتى تاريخ رفع الدعوى الجنائية للصلح مع الممول (٢/٣٧)

ففى هذه الجرائم قدر المشرع إن أداء الحقوق المالية للدولة عن طريق الصلح يحقق الهدف من الدعوى الجنائية[1]

٣- مراعاة ظروف المجنى عليه: فقد نصت الفقرة السادسة من المادة ٣٧ (أ) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ على أنه "لا تقام الدعوى الجنائية على من يتقدم للجنة المختصة بالإشراف على المودعين فى المصحة من الحائزين للمخدرات بقصد التعاطى من تلقاء نفسه من متعاطى المواد المخدرة للعلاج". ويقابل هذا النص المادة (١/٢٦٨) من قانون الصحة العامة الفرنسى التى نصت على أنه "يجوز لرئيس النيابة أن يرفع الدعوى على الأفراد المتعاطين للمخدرات أو أن يدعوهم إلى العلاج من تعاطى المخدرات ؛ فإذا خضع المتعاطون للمعاملة المقررة واستوفوا شرطها لا تقام الدعوى الجنائية بالنسبة لهم، وهكذا يتضح أن التقدم للعلاج يحول دون إقامة الدعوى الجنائية. ومن ثم فإنه يعتبر سببا لانقضاء الدعوى الجنائية.

ولما كان هذا السبب يقوم على مطلق إرادة المتهم ؛ فإنه يعتبر نوعا من الصلح فى الجرائم، وفى هذه الأحوال السابقة يقع الصلح بقبول صاحب الشأن للشرط الذى وضعه القانون (التقدم للصلح). ومن ثم تنقضى الدعوى الجنائية باستيفاء شروط الصلح.

٢١٩- التصالح فى التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجنائية المصرى:

وقد وسع المشرع من نطاق التصالح فى الجنح والمخالفات عموما فى التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجنائية فى محاولة للحد من زيادة عدد القضايا التى تمتلئ ساحات المحاكم بها، ولاختصار الجهد والوقت والعبء

١- د. أحمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون الإجراءات ط ١٩٩٣ ص١٧٠، د. محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية ط ١٩٧٩ دار النهضة العربية من ص٢١٨ حتى ص٢٢٥ .

الملقى على عاتق القضاة أثناء نظر هذه القضايا، فاستحدث فى قانون الإجراءات الجنائية نص المادة ١٨ مكرر بموجب القانون ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ المعدل لقانون الإجراءات وحسناً فعل ، فأجاز بمقتضاه التصالح فى مواد المخالفات ومواد الجنح التى يعاقب القانون عليها بالغرامة فقط وأوجب على مأمور الضبط القضائى المختص عند تحرير المحضر أن يعرض التصالح على المتهم أو وكيله فى المخالفات، ويثبت ذلك فى محضره وعلى أن يكون عرض التصالح فى الجنح بمعرفة النيابة العامة، وعلى المتهم الذى يقبل التصالح أن يدفع خلال خمسة عشر يوما من اليوم التالى لعرض التصالح مبلغاً يعادل ربع الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة، أو قيمة الحد الأدنى أيهما اكثر، ولا يسقط حق المتهم فى التصالح بفوات ميعاد الدفع، ولا بإحالة الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة إذا دفع مبلغاً يعادل نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة وتنقضى الدعوى الجنائية بدفع مبلغ التصالح على ألا يكون لذلك تأثير على الدعوى المدنية.[١]

٢٢٠- نظام التصالح فى التشريعات الفرنسية:

وقد بدأت فرنسا فى إدخال نظام الصلح فى تشريعاتها منذ نهاية القرن الثامن عشر، وبدأت بالنص عليه فى قوانين الضرائب والجمارك، ثم أفردت له عددا من نصوص قانون العقوبات الاقتصادى الصادر فى ٣٠ يونيه ١٩٤٥ وأصبح نظاما عاما تطبقه السلطات فى جميع الجرائم الاقتصادية تقريبا إلى حد أن الدعوى تنقضى بالصلح فى تسعين فى المائة من هذه الجرائم على الأقل.[٢] وقد بالغ الشارع الفرنسى فى الاهتمام بنظام الصلح إلى حد انه

١- راجع نص المادة ١٨ مقرر من القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ المعدل لقانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ .

٢- Stefani,Levasseur P.258,259 op. cit.

نص عليه كسبب من أسباب "انقضاء الدعوى الجنائية" فى قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى الذى عمل به فى أول يناير سنة ١٩٥٩, فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من هذا القانون على أن الدعوى الجنائية قد تنقضى أيضا بالصلح ؛ وذلك فى الحالات التى ينص عليها القانون صراحة. وتنص المادة ١٩ من القانون رقم ١٤٨٤ لسنة ١٩٤٥ الخاص بجرائم التموين على الصلح كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية بالنسبة لبعض الجرائم الواردة به، وفضلا عن جرائم التموين وتحديد الأسعار، نص على الصلح أيضا فى المواد ١٢-١٤ من قانون ٢٣ /١٢/١٩٥٨ الخاص بتوزيع القوى والمنتجات الصناعية ، وفى المادة العاشرة من قانون ٣٠ مايو ١٩٤٥ الخاص بالرقابة[١] على النقد. ولا يجوز الخلط بين الصلح كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية والتنازل. فيجوز للجهة المختصة التنازل عن الطلب ولو لم تتوافر شروط الصلح، ما لم يكن الصلح شرطاً لهذا التنازل كما فى القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٩ بتنظيم التعامل بالنقد (وهى مسألة جوازية). ففى الدعاوى المصحوبة بقيد الطلب فى رفعها من الجهة المختصة يجوز لصاحب الشأن المذكور أن يتنازل عن شكواه أو طلبه أثناء نظر الدعوى فى أى مرحلة من مراحلها ؛ وفى هذه الحالة يترتب على هذا التنازل انقضاء الدعوى الجنائية. ويختلف هذا التنازل عن التصالح بين المتهم والمجنى عليه فى شئونهما المدنية، بأنه يمس الدعوى الجنائية ذاتها، ولأنه يرتبط بأية تسوية مالية. وقد نصت على انقضاء الدعوى الجنائية بالتنازل المادة ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية.

٢٢١- تعلق الدفع بالنظام العام:

ويثور التساؤل عن طبيعة هذا الدفع من حيث تعلقه بالنظام العام والآثار التى تترتب على اعتباره دفعاً متعلقاً بالنظام العام.

١- د. محمود محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية ط ١٩٧٩ المرجع السابق بند١٥٢ ص٢٢١ .

ولأول وهلة يبدو الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح يتعلق بمصلحة الخصم الذى يتمسك به ولا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ؛ مالم يكن قد أثير ابتداء أمام محكمة الموضوع، يؤيد ذلك أن محكمة النقض قد أوردت فى قضاء لها أن "تقدير التصالح من المسائل الواقعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب متى كانت المقومات التى أسست عليها قولها فيه تؤدى إلى النتيجة التى خلصت إليها. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد نفى فى تدليل سائغ - له سند من الأوراق - إبرام صلح بين الطاعن ووزارة التجارة فى شأن جريمتى الاستيراد التى دانهم بها ؛ فإن منعى الطاعن من أن الدعوى الجنائية قد انقضت بالتصالح يكون غير سديد".[1]

ومن ذلك يتضح أن الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح أو التنازل ؛ لا يتعلق بالنظام العام. باعتباره من الأمور الواقعية التى تتصل بصالح الخصم على ما ورد بحكم النقض المشار إليه. غير أن هذا الدفع شأنه شأن سائر الدفوع المتعلقة بانقضاء الدعوى الجنائية تتعلق بالنظام العام باعتبار أن الصلح وان كان يتعلق بأشخاص إلا أنه فى حقيقته يعد بمثابة نزول من الهيئة الاجتماعية عن حقها فى إقامة الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذى قام عليه الصلح أو المصلحة التى ارتأى المجتمع الحفاظ عليها من التنازل، كما فى التنازل عن جريمة الزنا أو السرقة بين الأصول والفروع. ويحدث أثره إذا تحقق بقوة القانون مما يقتضى من المحكمة إذا ما تم التصالح فى أثناء نظر الدعوى أن تحكم بانقضاء الدعوى الجنائية من تلقاء نفسها.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا صدر تنازل من الزوج المجنى عليه للزوجة سواء أكان قبل الحكم النهائى أو بعده ؛ وجب حتماً أن يستفيد منه الشريك، ويجوز التمسك به فى أى حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض لتعلقه بالنظام العام، وينتج أثره بالنسبة للدعويين الجنائية

١- نقض جنائى جلسة ٢٨ مارس ١٩٨٥ س٣٦ . ص٤٦٠ .

والمدنية في خصوص جريمة الزنا، وهو ما يرمى إليه الشارع بغض النظر عن الماديات فى خصوص جريمة الزنا، ويرمى إليه بنص المادتين الثالثة والعاشرة من قانون الإجراءات".[1] كما قضت بأنه "مؤدى نص المادة الرابعة من القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٥٥ أن لمصلحة الجمارك التصالح مع المتهمين فى جرائم التهريب في جميع الأحوال سواء تم الصلح أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة أو بعد الفصل فيها بحكم بات، ويترتب عليه انقضاء الدعوى الجنائية أو وقف تنفيذ العقوبة حسب الأحوال، فالصلح يعد - فى حدود تطبيق هذا القانون - بمثابة نزول من الهيئة الاجتماعية عن حقها فى الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذى قام عليه الصلح، ويحدث أثره بقوة القانون مما يقتضى من المحكمة إذا ما تم التصالح فى أثناء نظر الدعوى أن تحكم بانقضاء الدعوى الجنائية، وهو أمر متعلق بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ولو بغير دفع من الخصوم".[2]

ولهذا الدفع طابع أولى باعتبار أن قاضى الموضوع هو الذى يتولى الفصل فيه استنادا لمبدأ قاضى الدعوى قاضى الدفع.

١- نقض جنائى جلسة ٢١ مايو ١٩٧١ س٢٢ ق٤٢٧ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٦٣ س١٤ ق٩٢٧، جلسة ١١ نوفمبر ١٩٩٨ ط رقم ١٠٩٨٠ لسنة ٦٣ ق غير منشور.

الفصل الثاني
الدفوع الموضوعية

٢٢٢- تمهيد و تقسيم :

الدفوع الموضوعية - وبحسب الاتجاه الذي سرنا علي نهجه في هذا البحث - هي تلك التي تتعلق بموضوع الدعوى أو أركان الجريمة المكونة لها أو تقدير الأدلة التي تثار بها، ويترتب عليها - في حالة صحتها و توافر شروطها - الحكم ببراءة المتهم أو امتناع عقابه أو التخفيف من قدر المسئولية.

وقد تكون هذه الدفوع مستمدة من التشريعات العقابية أو التشريع الإجرائي علي حد سواء علي ما سيرد بيانه عند تفصيل كل دفع منها علي حدة. ويجمع بينها جميعا أنها و إن كانت دفوع قانونية، إلا أن مدي توافرها في الدعوى يعتبر من الأمور الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع ؛ وعلي ذلك فمعظمها لا يعتبر من النظام العام، ولا تتعرض لها المحكمة من تلقاء نفسها ما لم يتمسك بها صاحب المصلحة في صورة دفع محدد وصريح، ولكن ذلك لا يخل بحق المحكمة في أن تتعرض لأى من هذه الدفوع من تلقاء نفسها رغم عدم تعلقها بالنظام العام باعتبار أن لها سلطة تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى. ومن واجبها أن تتحقق من توافر كل أركان الجريمة وعناصر المسئولية عنها حتى يمكن النطق بالعقوبة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنة "ليس من شروط امتناع المسئولية أن يدفع المتهم بها" [١] ومن ثم تتعرض لها المحكمة للاعتبارات السالف الإشارة إليها، ولأن تطبيق القانون واجب علي المحكمة تؤديه دون دفع بذلك من الخصوم.

١- نقض جنائى جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٤٨ - مجموعة القواعد القانونية جـ٧ ص٦٧١ .

علي أن ذلك لا ينفي أن بعض الدفوع الموضوعية يتعلق بالنظام العام بما يرتبه ذلك من آثار كالدفع بالقانون الأصلح.

وسوف نتعرض بالبحث لأنواع الدفوع الموضوعية بتقسيمها لعدة أنواع بحسب الهدف منها و ما إن كان نفي صفة الجريمة عن الفعل بتقويض الركن الشرعي فيها، أو نفى وقوع الجريمة بداءة كالدفوع التي يترتب عليها في حالة صحتها نفي الركن المادي للجريمة، أو للدفوع التي تهدف مع التسليم بوقوع الجريمة إلى دفع المسئولية الجنائية فيها أو التخفيف من قدر هذه المسئولية كالدفوع التي يترتب عليها نفي الركن المعنوي في حالة صحتها أو امتناع العقاب أو التخفيف من قدره.

فالركن الشرعي للجريمة باعتبار أنه ذو "طابع موضوعي" يضفي التكييف القانوني على الفعل بخضوعه لنص تجريمي، ينفيه خضوع الفعل لسبب إباحة، و من ثم يمكن القول أنه إذا صح الدفع بتوافر سبب إباحة، انتفي الركن الشرعى فى الجريمة،[1] كذلك الدفع بعدم دستورية نص تجريمى أو الدفع بالقانون الأصلح، وكل هذه الدفوع يترتب على صحتها انتفاء الركن الشرعى للجريمة، ومن ثم كان موضعها فى هذا المبحث ابتداء بحسب الهدف المشار إليه سلفا وبه تتقدم على سائر أنواع الدفوع الموضوعية، وبعد ذلك نستعرض الدفوع المتعلقة بالبنيان القانونى للجريمة والتى تهدف إلى تقويض الركن المادى فيها، كالدفع بانتفاء رابطة السببية بين الفعل والنتيجة، والدفع بالمسألة الفرعية، ثم نتعرض للدفوع المتعلقة بالركن المعنوى فى الجريمة والتى يترتب عليها - فى حالة صحتها مع التسليم بوقوع الجريمة - امتناع المسئولية الجنائية فيها، ثم للدفوع المتعلقة بمشروعية أدلة الجريمة وهى تهدف بدورها لدفع المسئولية الجنائية فيها، كذلك للدفوع التى تهدف لمنع العقاب أو

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق بند ٥٤ ص ٧١، ٧٢، د. عبد العظيم وزير: افتراض الخطأ كأساس للمسئولية الجنائية ط ١٩٨٨ ص ٧١ وما بعدها.

للتخفيف من قدره، وننهى هذا الفصل بالحديث عن أهم الطلبات التى تبدى من أطراف الخصومة الجنائية على اعتبار أننا نرى أن الطلبات ما هى إلا نوع من الدفوع الموضوعية على ما سيرد بيانه فى حينه. وعلى أن يؤخذ فى الاعتبار أيضا أن تقسيم الدفوع الموضوعية على النحو الوارد فى هذا الفصل لا يعد حصرا لأنواعها ؛ وإنما هي محاولة لإبراز أهم هذه الدفوع و أكثرها ظهورا في الواقع العملي ومن خلال تطبيقات المحاكم، بما يعني إمكان تطبيق ضوابطها بعد ذلك علي أي دفوع موضوعية أخري قد تظهر أثناء التطبيق. وسوف يكون بيان الدراسة في هذا الفصل علي النحو التالي :

المبحث الأول : الدفوع التي تهدف إلى انتفاء الركن الشرعي للجريمة

المطلب الأول: الدفع بتوافر سبب من أسباب الإباحة

الفرع الأول: الدفع بتوافر الدفاع الشرعي

الفرع الثاني: الدفع باستعمال السلطة

الفرع الثالث: الدفع باستعمال الحق و الدفع برضاء المجني عليه.

المطلب الثاني: الدفع بعدم الدستورية.

المطلب الثالث: الدفع بالقانون الأصلح.

المبحث الثاني :الدفوع التي تهدف إلى تقويض البنيان القانوني للركن المادي في الجريمة

المطلب الأول : الدفع بانتفاء رابطة السببية.

المطلب الثانى: الدفع بالمسألة الفرعية ودفوع أخرى يترتب عليها تقويض البنيان القانونى للركن المادى فى الجريمة.

المبحث الثالث: الدفوع التي تهدف إلى انتفاء الركن المعنوي فى الجريمة وامتناع العقاب

المطلب الأول: الدفوع التى تهدف إلى انتقـاء الركن المعنوى فى الجريمة.

الفرع الأول : الدفع بالإكراه وحالة الضرورة .

الفرع الثاني: الدفع بالجنون و العاهة العقلية.

المطلب الثانى: الدفوع التى تهدف إلى امتناع العقاب .

(الدفع بتوافر عذر قانونى أو ظرف مخفف)

المبحث الرابع :الدفوع التى تهدف إلى انتفاء مشروعية أدلة الجريمة و صحتها

المطلب الأول: الدفوع المتعلقة بمشروعية الأدلة(الدفع بالبطلان).

المطلب الثاني: تطبيقات الدفع بالبطلان.

الفرع الأول: الدفع ببطلان القبض والتفتيش.

الفرع الثاني: الدفع ببطلان الاستجواب و المواجهة.

الفرع الثالث: الدفع ببطلان الاعتراف.

الفرع الرابع: الدفع ببطلان ضبط المحادثات.

المطلب الثالث: الدفوع المتعلقة بصحة الدليل {الدفع بالتزوير}

المبحث الخامس : الطلبات

المطلب الأول: طلبات تهدف إلى البحث عن الدليل و تقدير قوته التدليلية.

الفرع الأول: طلب سماع شاهد

الفرع الثاني: طلب إجراء معاينة.

الفرع الثالث: طلب ندب خبير.

المطلب الثاني: طلبات تهدف إلى ضمان حسن سير العدالة و منع تضارب الأحكام

المبحث الأول
الدفوع التي تهدف إلى انتفاء الركن الشرعي للجريمة

٢٢٣ - تمهيد وتقسيم :

الركن الشرعي للجريمة هو- وبحسب رأى جانب من الفقه[١] علي حد تعريفه - الصفة غير المشروعة للفعل، فجوهره تكييف قانوني يخلع علي الفعل، والمرجع في تحديده هو إلى قواعد قانون العقوبات، وهو يتجرد عن الكيان المادي للجريمة و يتميز عنه باعتباره مجرد تكييف قانونى، وهو بالإضافة إلى ذلك ذو "طابع موضوعي" غالب باعتباره خلاصة تطبيق قواعد القانون علي الفعل. ويلاحظ أن قيام الجريمة من الناحية القانونية لا يتوقف على مجرد خضوع الفعل لنص تجريمى بل يتطلب كذلك عدم خضوع الفعل لسبب إباحة، ومن هنا كان استعراض الدفوع المتعلقة بأسباب الإباحة في هذا الموضع من البحث، علي اعتبار أنه يترتب علي صحة الدفع بتوافر سبب من أسباب الإباحة انتفاء النص التجريمي للفعل أو الركن الشرعي في الجريمة، كما سلف القول.

ولذات العلة فقد كان حريا بنا أن نستعرض - في هذا الموضوع أيضا - الدفع بعدم دستورية نص تجريمي علي أساس أنه يترتب علي صحة هذا الدفع خروج الفعل من إطار الحظر التشريعي و اعتباره فعلا مباحا، و من ثم ينتفي به الركن الشرعي للجريمة أيضا. وإذا كان خضوع الفعل لنص تجريمي يتحدد نطاقه بحدود زمنية معينة، و تثور الصعوبة إذا ارتكبت

١- د. محمود محمود مصطفي: العقوبات القسم العام ط١٩٥٥ دار النهضة العربية رقم ٢١ ص٣٧، د.مأمون محمد سلامة: العقوبات القسم العام ط١٩٧٦ ص١٤٥، د.السعيد مصطفي السعيد: القسم العام. الأحكام العامة فى قانون العقوبات ط ١٩٥٣ مكتبة النهضة المصرية ص٨٧، د.نجيب حسني: العقوبات القسم العام ط١٩٧٨ دار النهضة العربية بند ٥٢ ص٦٩ و ما بعدها.

الجريمة في خلال فترة السلطان الزمني لنص تم إلغاؤه و إحلال نص أخر محله، بحيث يطبق هذا النص بأثر رجعي علي خلاف الأصل المقرر من عدم رجعية القوانين ,فقد رأينا استعراض الدفع بالقانون الأصلح باعتباره يشكل هذا الاستثناء، والذي يترتب علية في حالة صحته أيضا انتفاء الركن الشرعي للجريمة.

لذا رأينا أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نتناول في الأول الدفع بتوافر سبب من أسباب الإباحة و في الثاني الدفع بعدم الدستورية وفي الثالث الدفع بالقانون الأصلح.

المطلب الأول
الدفع بتوافر سبب من أسباب الإباحة

٢٢٤ - تمهيد و تقسيم:

يفترض الدفع بإباحة الفعل، إخراجه من نطاق نص التجريم، وخلع الصفة غير المشروعة عنه ورده إلى أصله من المشروعية.[١] ويعرفه بعض الفقهاء بأنه "حالات انتفاء الركن الشرعي بناء علي قيود واردة علي نطاق نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال".[٢] وترجع العلة في الإباحة إلى انتفاء علة التجريم، أي كون الفعل المباح لا ينال بالاعتداء حقا، وفي عبارة أخرى فان الدفع بتوافر حالة من حالات الإباحة يستنتج - بمفهوم المخالفة - من نص التجريم إذا ما انتفت علته.وقد ينص قانون العقوبات علي سبب الإباحة، و يحدد شروطه.

وأهم مثالين لذلك : استعمال السلطة (مادة ٦٣ عقوبات) و الدفاع الشرعي (المواد ٢٤٦ - ٢٥١عقوبات).

وقد يستخلص الدفع بالإباحة من مجموع النصوص القانونية باعتبار أن النظام القانوني العام كل متسق لا تتناقض قواعده. و قواعد الإلزام أو الترخيص متناثرة في القانون ولا يعتبر الشارع نفسه ملزما بأن ينص عليها صراحة، فقد يكون استخلاصها ضرورة منطقية يحتمها التفسير. وقد اعترف قانون العقوبات بهذه الحقيقة حينما اعتبر استعمال الحق المقرر بمقتضي الشريعة سببا للإباحة (مادة ٦٠ عقوبات) فلم يحدد هذه الحقوق، وإنما أحال إلى أفرع أخري من القانون بكل ما تتضمنه من قواعد.

١- د.السعيد مصطفي السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات ط. ١٩٥٣ مكتبة النهضة المصرية ص١٦٦، د.رمسيس بهنام القسم العام. المرجع السابق ص٣٤٠، د. محمود مصطفي قانون العقوبات: القسم العام ط. ١٩٥٥ دار النهضة العربية ص٦٩ .

٢- د.نجيب حسني: القسم العام ص١٦٠ .

ويترتب علي الدفع بالإباحة أن يخرج الفعل من نطاق نص التجريم فيصير مشروعا وينتفى الركن الشرعي للجريمة، وإذا فقدت الجريمة أحد أركانها استحال قيام المسئولية الجنائية و استحال تبعا لذلك توقيع العقاب. واثر الإباحة ينصب علي الفعل لا علي شخص الفاعل، ويعني ذلك أن أثره متعلق بالتكييف القانوني للفعل لأنه يجرده من الصفة غير المشروعة. و إنتاج الدفع بتوافر سبب إباحة لأثره رهن بتحقق كل الشروط التى يحددها القانون له. فإن تخلف أحدها انتفي سبب الإباحة وظل الفعل خاضعا لنص التجريم، فإذا كان الجاني قد تجاوز هذه الشروط وتعمد الخروج عليها سئل عن فعله مسئولية عمدية، فمن يضرب ابنه ضربا شديدا متجاوزا حدود حق التأديب فيؤدي ذلك إلى موته يسأل عن ضرب مفض إلى موت، و إن كان خروجه عليها ثمرة الخطأ غير العمدي، سئل عن فعله مسئولية غير عمدية.

وللدفع بالإباحة طبيعة موضوعية، ذلك أنها عنصر في الركن الشرعي للجريمة الذي يتميز بهذا الطابع. وللطابع الموضوعي لأسباب الإباحة نتائج عدة أهمها :

أن تأثير سبب الإباحة يمتد إلى كل شخص ساهم في الجريمة و أن الجهل بالإباحة لا يحول دون الاستفادة منها.

وسوف نتناول فيما يلي أنواع الدفوع بتوافر سبب من أسباب الإباحة، لكل سبب علي حدة كي نحدد الأحكام التي يخضع لها كل منها في الفروع التالية:

الفرع الأول: الدفع بتوافر الدفاع الشرعي.

الفرع الثاني: الدفع باستعمال السلطة.

الفرع الثالث: الدفع باستعمال الحق و الدفع برضاء المجني عليه.

الفرع الأول
الدفع بتوافر الدفاع الشرعي

٢٢٥- تعريف الدفع بتوافر الدفاع الشرعي:

لعل اكثر الدفوع الموضوعية و المستمدة من التشريع العقابي شيوعا في العمل هو الدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعي ,لأنه يمكن أن يثار في الواقع في العديد من صور الاعتداء المتبادل بين الأفراد علي الأشخاص أو الأموال. ويقصد به استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون. و الدفاع الشرعي كسبب إباحة ليس هدفه الاجتماعي تخويل المعتدى عليه سلطة توقيع العقاب علي المعتدي أو الانتقام منه. إنما هدفه مجرد وقاية الحق من الخطر الذي يتعرض له، أي منع ارتكاب الجرائم أو منع التمادي فيها[١]

١- د.رمسيس بهنام. القسم العام ص٢٦٢-د.محمود مصطفي. القسم العام المرجع السابق البند ١٣٠ ص, ١٢٣- د.السعيد مصطفي السعيد - القسم العام المرجع السابق ص٢٠٢-د.علي راشد ,يسر أنور.النظريات العامة للقانون الجنائي ط١٩٧٣ دار النهضة العربية ص٥٥٦-د.نجيب حسني القسم العام بند ١٨٨ ص١٩١ .

٢٢٦- شروط الدفاع الشرعي:

ويفترض الدفاع الشرعي فعلا يهدد بخطر و فعلا يواجه هذا الخطر ليصده. ويتطلب القانون شروطا في كل منها. فيشترط في الخطر أن يكون غير مشروع، وتهديده بجريمة ضد النفس أو ضد المال مما يحدده الشارع علي سبيل الحصر وكونه خطراً حالاً. ويشترط في فعل الدفاع أن يكون لازما و أن يكون متناسبا مع الخطر. وتفصيل شروط الدفاع الشرعي مجاله القسم العام في قانون العقوبات وإنما نتعرض هنا لبيان أحكامه كدفع إجرائي موضوعي فقط.

وفى بيان شروط وأركان الدفاع الشرعى قضت محكمة النقض بأن "حق الدفاع الشرعى لم يشرع للانتقام، وإنما شرع لمنع المعتدى من إيقاع فعل الاعتداء أو من الاستمرار فيه. فإذا كان الثابت أن المتهم إنما حضر بعد انتهاء الاعتداء لا يكون لحق الدفاع الشرعى وجود".[1] كما قضت بأن "القانون يشترط فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ عقوبات لإباحة استعمال القوة دفاعا عن النفس أن يكون استعمالا لازما لدفع كل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصا عليها فى قانون العقوبات ويشترط فى الفقرة الثانية لإباحة استعمال القوة دفاعا عن المال أن يكون استعمالها لازما لرد فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الثانى (الحريق عمدا) والرابع عشر (انتهاك حرمة ملك الغير) والثامن (السرقة والاغتصاب) والثالث عشر (التخريب والتعييب والإتلاف) من الكتاب الثانى وكذلك المادة ٣٨٧ فقرة أولى (الدخول فى ارض مهيأة للزرع) وفى المادة ٣٨٩ فقرة أولى وثالثة (إتلاف المنقولات ورعى المواشى بأرض الغير) من قانون العقوبات. فإذا كان كل ما وقع من المجنى عليه هو أنه حاول حمل بقرة للمتهم من الساقية ليتمكن من رى

١- نقض جلسة ٣ أبريل ٢٠٠٠ الطعن رقم ٣١١٧٥ لسنة ٦٨ ق. لم ينشر بعد مشار إليه بالمستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض فى المواد الجنائية والصادر عام ٢٠٠١ .

أرضه. فإن اعتداء المتهم عليه لرده عن ذلك لا يعتبر دفاعا شرعيا عن حقه فى إدارة الساقية إتماما لرى أرضه لأن هذا الحق ليس مما تصح المدافعة عنه باستعمال القوة.[1]

٢٢٧- تعلق الدفع بالنظام العام:

ومن المعلوم ابتداء وطبقا لما أشرنا إليه آنفا أن الدفع بتوافر الدفاع الشرعى دفع موضوعى هام ينبغى أن يثار أمام محكمة الموضوع لأنه من الدفوع التى تتطلب تحقيقا وتدخلا فى تصوير الواقعة وتقدير الأدلة فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. وفى ذلك قضت محكمة النقض "أن الأصل فى الدفاع الشرعى أنه من الدفوع الموضوعية التى يجب التمسك بها لدى محكمة الموضوع ولا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم دالة بذاتها على تحقق حالة الدفاع الشرعى كما عرفه القانون. أو ترشح لقيامها".[2] ومن هذا الحكم يتبين أن لمحكمة النقض أن تتدخل إذا كانت الوقائع الثابتة فى الحكم بالإدانة دالة بذاتها على تحقق حالة الدفاع الشرعى على أساس مالها من الحق فى تكييف الواقعة كما هى ثابتة بالحكم على الوجه الصحيح ولكن لا يعنى ذلك أنه من الدفوع التى تتعلق بالنظام العام. فالدفع بتوافر الدفاع الشرعى لا يتعلق بالنظام العام وإذا تعرضت له المحكمة من تلقاء نفسها على ما سيرد بيانه، فذلك يكون باعتبار أن تطبيق القانون وإنزال التكييف الصحيح على الواقعة هو وظيفة المحكمة عموما سواء كانت محكمة الموضوع أم محكمة النقض.

١- نقض جنائى جلسة ٢٧ مارس ١٩٥٠ طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٢٠ ق مجموعة ٢٥ سنة، ٢٧ نوفمبر ١٩٣٩ الطعن رقم ١٦٥٥ لسنة ٩ ق ذات المجموعة - نقض جلسة ١ فبراير ١٩٨٧ س ٣٨ ق ٢٨ ص ١٧٢ .

٢- نقض جنائى جلسة ٣٠ يناير ١٩٨٦ س ٣٧ ق ٤٠ ص ١٩٩ ، جلسة ١٢ أبريل ٢٠٠٠ الطعن رقم ٧٦٧٧ لسنة ٦٧ ق. مشار إليه بالمستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض فى المواد الجنائية الصادر عام ٢٠٠١ .

وإذا أثير الدفع أمام محكمة الموضوع كان على هذه أن تتعرض له إما بالقبول بما يقتضيه من الحكم بالبراءة، أو بالحكم بعقوبة الجنحة فحسب إذا كان هناك مجرد تجاوز لحدود حق الدفاع الشرعى طبقا للمادة ٢٥١ ع، وإما بالتفنيد بناء على أسباب كافية. أما إغفال الرد على الدفع جملة واحدة فيعيب الحكم بما يستوجب نقضه، وكذلك الرد بأسباب غير كافية وغير سائغة. ومناط العيب هو القصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع طبقا لما يبدو أنه السائد فى قضاء النقض القديم والحديث. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض "أن الدفع باستعمال حق الدفاع الشرعى برد اعتداء المجنى عليه عن ارض الطاعن الذى دخلها عنوة لمنع انتفاعه بها، يوجب على المحكمة بحث من له الحيازة الفعلية، فإذا لم تفعل المحكمة بات حكمها منطويا على الإخلال بحق الدفاع والقصور فى البيان مما يعيبه".[1]

و تميل محكمة النقض – كما سبق القول – إلى الأخذ بأن محكمة الموضوع مطالبة بأن تبحث – من تلقاء نفسها – فى قيام حالة الدفاع الشرعى مادامت واقعة الدعوى – على الصورة التى روتها بها والتى اقتنعت هى بثبوتها – ترشح لها فتتثبت قيامها أو تنفيه. ولو لم يدفع به المتهم . فإذا هى لم تفعل فان حكمها يكون معيبا بما يستوجب نقضه. وذلك تطبيقا لقاعدة ينبغى أن تكون عامة على جميع أحوال الإباحة أو امتناع المسئولية أو العقاب، وفى الجملة كل ما كان يقتضى تطبيق القانون على الوقائع الثابتة تطبيقا صحيحا مادامت هذه هى رسالة المحكمة بغير انتظار لتوجيه من أحد أو تمسك به.[2]

١- نقض جنائى جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٥١ س٢ ق٧٠ رقم ٧٠ ص ١١٩، ١٢ يناير ١٩٥٣ س ٤ ق ١٤٣ ص ٣٧٠، ١١ نوفمبر ١٩٥٧ س ٨ ص ,١٨٧١ جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ ط رقم ١٥٠٥ لسنة ٦٦ ق لم ينشر بعد ومشار إليه بمجلة القضاة الفصلية السنة ٣٠ ص ٦٨١ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٩ يناير ١٩٥٥ س ٦ ق ١٥٢ ص ٤٥٨ .

٢٢٨- الأحكام الإجرائية للدفع بتوافر الدفاع الشرعى:

١- ويجب أن يكون التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى جديا وصريحا حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه أو أن تكون الواقعة كما أثبتها الحكم ترشح لقيام هذه الحالة، وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان قد ورد على لسان الدفاع أن المجنى عليه هو الذى بدأ بالعدوان مع إنكار الطاعنين وقوع الاعتداء منهما فإن ذلك لا يفيد التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعى ولا يعتبر دفعا جديا تلتزم المحكمة بالرد عليه.[١]

٢- غير أنه لا يشترط فى التمسك بقيام الدفاع الشرعى عن النفس والمال إيراده بصريح لفظه وبعباراته المألوفة بل يكفى أن يكون المتهم أو المدافع عنه قد تمسك بأنه لم يكن معتديا وإنما كان يرد اعتداء وقع عليه مما مفاده التمسك بقيام تلك الحالة. وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الدفاع عن الطاعن قد آثار فى مرافعته أنه ثبت أن كشكا مقاما وأن عائلة المجنى عليه اقتحمت الكشك واعتدت علينا وأن عضو الاتحاد الاشتراكى انتقل إلى مكان الحادث مع طرفى النزاع واثبت أن الكشك مقام فعلا ولا يهم إن كان مقاما من يومين أو شهرين فان ذلك مفاده التمسك بقيام الدفاع الشرعى عن النفس والمال".[٢]

٣- والدفع بتوافر الدفاع الشرعى من الدفوع الجوهرية التى ينبغى على المحكمة أن تناقشها فى حكمها وترد عليها - إذ أنه من شأن هذا الدفع لو صح - أن يؤثر فى مسئولية المتهم وفى إغفال المحكمة التحدث عنه ما يجعل حكمها مشوبا بما يعيبه ويستوجب نقضه. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان الدفاع قال إنه كان فى حالة دفاع شرعى عن النفس والمال،

١- نقض جنائى جلسة ١٢ أكتوبر ١٩٨٠ س ٣١ ق ١٦٩ ص ٨٧٦، ٢٦ أكتوبر ١٩٦٤ س ١٥ ص ٦١٥ .
٢- نقض جنائى جلسة ٢٤ أبريل ١٩٧٢ س ٢٣ ق ١٣٦ ص ٦٠٦، ٢ أبريل ١٩٥٧ س ٨ ص ٣٥٨ .

وكان الحكم قد تحدث عن الشق الأول من هذا الدفاع وأغفل الشق الثانى فانه يكون قاصر البيان واجبا نقضه، إذ أن ذلك دفاع جوهرى كان على المحكمة أن تعرض له وتقول كلمتها فيه، كما قضت بأنه "إذا كان المتهم قد تمسك بأنه كان فى حالة دفاع شرعى عن نفسه. وكان الحكم حين تعرض لهذا الدفاع فنده باعتباره مقصورا على التمسك بالدفاع عن والدة المتهم ولم يتعرض لنفى قيام حالة الدفاع الشرعى عن نفسه. فإن الحكم يكون قاصرا إذ أن ما نفى به قيام حالة الدفاع الشرعى عن والدة المتهم ليس فيه ما ينفى حتما قيام هذه الحالة بالنسبة إليه. كذلك قضت بأنه "إذا كان ما أورده الحكم فى نفى الدفاع الشرعى لا يعدو التحدث عن عدم تناسب عدد المعتدين من كل فريق وكون فريق المتهمين اقوى من خصمهما، وقوله أن الاعتداء لم يكن مفاجئا بل حصل على اثر مشادة، فإن هذا الذى قاله الحكم لا يصلح ردا تنتفى به حالة الدفاع".[1]

٤- وعلى العكس مما تقدم فقد قضت محكمتنا العليا بأنه يعتبر تفنيدا كافيا لحالة الدفاع الشرعى وردا سائغا على الدفع بتوافرها التعرض لها فى الحكم على النحو الأتى:

"أنه إذا كان الحكم قد عرض لدفاع المتهم وقرر بأنه هو الذى بادر المجنى عليه وطعنه بالسكين فأهاج ذلك الخفراء الموجودين فى بيت العمدة فأحاطوا به وانهالوا عليه ضربا ولم يدعوه حتى سقط على الأرض وتمكنوا بذلك من انتزاع السكين من يده - فإن هذا الذى قاله الحكم ينفى حالة الدفاع الشرعى كما هى معرفة فى القانون".

١- نقض جنائى جلسة ١٩ مارس ١٩٥١ س ٢ ق ٢٩٤ ص ٧٧٦، ٢٢ أكتوبر ١٩٥١ س ٣ ق ٣٢ ص ٧٧، ١١ يناير ١٩٥٥ س ٦ ص ٤٣١، جلسة ٢٢ سبتمبر ١٩٩٩ الطعن قم ١٨٧٥٠ لسنة ٦٧ ق لم ينشر بعد ومشار إليه بالمستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض والصادر عام ٢٠٠٠ ؛ جلسة ١٥ أكتوبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٤٥ ص ١٠٢٢ .

كما قضت بأنه " إذا نفى الحكم قيام حالة الدفاع الشرعى لما ثبت لدى المحكمة من أن كلا من الفريقين المتضاربين حينما اشتبكا فى المضاربة كانت عنده نية الاعتداء على الفريق الأخر، فلا تجوز إثارة الجدل بشأن ذلك أمام محكمة النقض".[١]

٥- وإذا دفع المتهم بتوافر عذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعى فردت المحكمة على الادعاء بحالة الدفاع الشرعى ونفت وجوده فلا يجوز الطعن فى حكمها بزعم أن الطاعن تعدى بنية سليمة حدود الدفاع الشرعى لأن نفى حالة الدفاع الشرعى يشمل نفى هذا الزعم".[٢]

٢٢٩- أثر الاعتراف بالتهمة على التمسك بالدفع بتوافر الدفاع الشرعى:

ويثور التساؤل عما إن كان يلزم لتمسك المتهم بالدفاع الشرعى أن يكون معترفا بالتهمة؟ كانت محكمة النقض فيما مضى تصر على القول بأنه يلزم لتمسك المتهم بحقه فى الدفاع الشرعى أن يكون معترفا بما وقع منه، وأن يبين الظروف التى ألجأته إلى هذا الذى وقع منه، ومن الذى اعتدى عليه أو على ماله، أو خشى اعتداءه عليه أو على ماله اعتداء يجيز ذلك الدفاع الشرعى، فإذا كان المتهم نفسه قد أنكر بتاتا ما اسند إليه ودار دفاع محاميه على هذا الإنكار، فإن ما جاء على لسان المحامى عرضا وعلى سبيل الفرض والاحتياط من أن المتهم كان فى حالة دفاع شرعى لا يعتبر دفعا جديا تكون المحكمة ملزمة بالرد عليه ولا يقبل من المتهم الطعن فى الحكم الصادر عليه بمقولة أنه اغفل الرد على هذا الدفع".[٣]

١- نقض جنائى جلسة ١٥ أبريل ١٩٥٤ س ٦ ق ١٣ ص ٣٣، ٦ يونية ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ص ٢٦٢، جلسة ١٠ نوفمبر ١٩٩٩ الطعن رقم ٢١٧٣٦ لسنة ٦٧ ق. لم ينشر بعد.

٢- نقض جنائى جلسة ١٢ مارس ١٩٣١ ج ٢ مجموعة القواعد القانونية ص ٢٦٦ - ٢ يناير ١٩٩٤ ط رقم ١٩٨٣ لسنة ٦٢ س ٤٥ ق ٢ ص ٤٤ .

٣- نقض جنائى جلسة ٦ مارس ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية ص ١٤٩ .

وذلك فيما يتعلق بإثارة الدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعى بصورة جازمة وصريحة من جانب المتهم وحده، أما إذا كانت واقعة الدعوى وما أسفرت عنه أوراقها ترشح بذاتها لقيام هذه الحالة، فوجب أن تتعرض له المحكمة من تلقاء نفسها ولو بغير إثارة الدفع بذلك من أحد، ولا يلزم حينئذ مطلقا أن يكون المتهم معترفا بالتهمة بل ينبغى على المحكمة التعرض لبحث هذه الحالة رغم إنكاره لها وإصراره على ذلك وفى هذا لمعنى يسير قضاء النقض فى اضطراد تام وفى ذلك قضت "بأنه من المقرر أنه لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعى الاعتراف بالجريمة وكان تعدد إصابات المجنى عليه وجسامتها وانتشارها بجسمه لا يدل بذاته على أن الطاعن لم يكن يرد اعتداء متخوفا منه لأنه لا يشترط بصفة مطلقة لقيام حالة الدفاع الشرعى أن تكون الوسيلة التى اخذ بها المدافع قد استخدمت بالقدر اللازم لرد الاعتداء عنه وإنما يكون النظر إلى الوسيلة من هذه الناحية بعد نشوء الحق فى قيامه بحيث إذا تبين بعد ذلك أن المدافع لم يتجاوز حدود حقه فى الدفاع قضى له بالبراءة وإلا عوقب.- إذا كانت القوة التى استعملت لدفع التعدى قد زادت على القدر الضرورى - بعقوبة مخففة باعتباره معذورا".[1] كما قضت بأنه "لما كان مفاد ما أورده الحكم أنه اعتمد فى نفى حالة الدفاع الشرعى على ما قرره من أن المتهم لم يعترف بالجريمة وما أضافه إلى ذلك من أن الطاعنين وقت اعتدائهما على المجنى عليهما لم يكونا مستهدفين لأى اعتداء. وإذ كان المقرر أنه لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعى الاعتراف بالجريمة، وكان الحكم بالرغم من أن الدعوى المطروحة اسند فيها لمتهم آخر الشروع فى قتل الطاعن الأول بإطلاق عيار نارى أصابه؛ لم يستظهر حقيقة الواقعة لبيان الصلة بين الاعتداء الذى وقع على الطاعن الأول والاعتداء الذى وقع منه و الطاعن الثانى على المجنى عليها، وأى الاعتداءين كان الأسبق حتى يبين ما إذا كان لهما أو لأيهما حق

١- نقض جنائى جلسة ٨ يناير ١٩٨٨ س ٣٧ ق ٨ ص ٣٤ ، جلسة ٢٣ مايو ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٩٦ ص ٦٧٧ .

فى استعمال القوة اللازمة لرد العدوان، مكتفيا بالقول بأنهما وقت اعتدائهما على المجنى عليه لم يكونا مستهدفين لأى اعتداء دون أن يتصدى لمناقشة ما ذكره محامى الطاعنين فى هذا الصدد فإنه يكون مشوبا بما يعيبه.[1]

٢٣٠- رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع فى شأن الدفع بتوافر الدفاع الشرعى:

١- ويثور التساؤل عن مدى رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع بالنسبة للدفع بتوافر الدفاع الشرعى؟ وقد استقر قضاء محكمة النقض فى هذا الشأن على أن تقدير الوقائع المؤدية للقول بتوافر أركان الدفاع الشرعى أو عدم توافره فى واقعة الدعوى من الأمور الموضوعية التى تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك. ما دامت الأدلة التى توردها توصل عقلا إلى النتيجة التى تنتهى إليها.[2] ومن ذلك القول بحصول اعتداء على المتهم بفعل يعد جريمة على نفسه أو على ماله أو عدم حصول هذا الاعتداء، ولزوم القوة لرد هذا الاعتداء أو عدم لزومها وإمكان الاحتماء فى الوقت المناسب برجال السلطة العامة أو عدم الإمكان. فتقدير كل هذه العناصر يخضع لرأى محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض إلا فى الحدود العامة التى تراقب فيها هذه الأخيرة المسائل الموضوعية وبوجه خاص أن يكون التدليل على توافر الدفاع الشرعى أو عدم توافره بأدلة لها مأخذ صحيح من أوراق الدعوى، لم يلحقها بطلان ما، وأن يذكر الحكم مؤداها بغير غموض ولا إبهام وبغير تناقض ولا تخاذل، وأن تصلح لان تكون عناصر سائغة لما رتبه الحكم عليها من نتائج من غير ما تعسف فى الاستنتاج

١- نقض جنائى جلسة ١٥ أبريل ١٩٧٩ س ٣٠ ق ١٠٠ ص ٤٧٧ ، ٨ فبراير ١٩٩٨ طرقم ٩١٤ لسنة ٦٣ ق. لم ينشر بعد.

٢- نقض جنائى جلسة ١٦ يناير ١٩٨٥ س ٣٠ ق ١٠ ص ٩٠ - ٦ يونيه ١٩٦٦ س ١٧ ق ١٤٢ ص ٦٢، ١٩ مارس ١٩٥٦ س ٧ ص ٣٨٧ جلسة ٢ يناير ١٩٩٤ ط رقم ١٩٨٣ لسنة ٦٢ س ٤٥ ق ٢ ص ٤٤ .

ولا تنافر مع حكم المنطق. إذ لا يصح استخلاص نتيجة خاطئة ولو من دليل صحيح أو من واقعة ثابتة، وإلا كان الحكم معيبا بالخطأ فى الاستدلال. أما إذا كانت المحكمة قد أثبتت فى حكمها من الوقائع ما يدل على أن المتهم كان فى حالة دفاع شرعى، لكنها استخلصت ما يخالف هذه الحقيقة، فإنه عندئذ يكون لمحكمة النقض أن تصحح هذا الاستخلاص بما يقضى به المنطق والقانون.[1] فتقضى بنقض الحكم وببراءة المتهم متى توافرت فى الواقعة جميع أركان الدفاع الشرعى. ومن ثم فإذا كان كل ما قالته المحكمة فى حكمها لا يعدو التحدث عن عدم التناسب بين الفعلين، ما وقع منهما من المتهم وما وقع من غريمه، وليس فيه ما ينفى قيام حالة الدفاع الشرعى فإنه يكون قاصر البيان فى الرد على ما تمسك به المتهم من أنه كان فى حالة دفاع شرعى. كذلك الشأن إذا كان المتهم قد دفع عن نفسه التهمة بأنه كان فى حالة دفاع شرعى عن النفس، فأدانته المحكمة مقتصرة على القول بأن الاعتداء تبودل بين الطرفين ولم تشر إلى هذا الدفاع ولم ترد عليه بما يفنده فإن حكمها يكون قاصرا متعينا نقضه. كذلك إ ذا ردت المحكمة على هذا الدفع بأن المتهم حضر إلى مكان المعركة حاملا سلاحا فإن هذا لا يستلزم حتما القول بأنه هو الذى بدأ بإطلاق النار، وإنه كان منتويا الاعتداء لا الدفاع.[2] ولا يشترط أن يتحدث الحكم عن كل ركن من أركان حق الدفاع الشرعى فى عبارة مستقلة بل يكفى أن يكون ذلك مستفادا من الظروف والملابسات كما وردت فى سرده لواقعة الدعوى.

٢- هذا عن تقدير الوقائع ورقابة محكمة النقض عليها أما خطأ محكمة الموضوع فى تكييف الدفاع الشرعى فهو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة

١- نقض جنائى جلسة ١٩ مارس ١٩٦٢ س ١٣ ق ٦٤ ص ٢٥٢ - ٣٠ أكتوبر ١٩٥٦ س ٧ ص ١١١٣ ١٠ مايو ١٩٧٦ ط رقم ١٨٢٩ السنة ٤٦ ق.

٢- نقض جنائى جلسة ٢ أبريل ١٩٥٧ س ٨ رقم ٩٦ ص ٣٦٢ - ١٢ يناير ١٩٥٣ س ٤ ق ١٤٤ ص ٣٧٤ ٧ أبريل ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٩٦ ص ٣٦٢ .

النقض، ويحدث هذا الخطأ فى التكييف إذا استلزم الحكم المطعون فيه للدفاع الشرعى ركنا غير مطلوب فيه، كأن تطلب فى الاعتداء الذى دعى إلى الدفاع أن يكون جسيما مع أن القانون لا يتطلب فيه ذلك. أو إذا تطلب فى المجنى عليه فى الاعتداء أن يدفعه عنه بالفرار من المعتدى، مع أن القانون لا يتطلب فى الناس الجبن، أو إذا قرر أنه يكون فى جرائم النفس دون المال، مع أن القانون يبيحه فى النوعين معا، أو على العكس من ذلك إذا لم يتطلب الحكم المطعون فيه فى الدفاع الشرعى أن يكون الاعتداء بفعل يعد جريمة حين أن القانون يتطلب فيه ذلك[1] ومن أمثلة الحكم على الدفع بتوافر الدفاع الشرعى بسبب يعد خطأ فى تطبيق القانون لا قصورا فى التسبيب ما قضى به من أن القانون لا يمكن أن يطالب الإنسان بالهرب. عند تخوف الاعتداء عليه لما فى ذلك من الجبن الذى لا تقره الكرامة الإنسانية. وإذن فالحكم الذى ينفى ما دفع به المتهم من أنه كان فى حالة دفاع شرعى بمقولة أنه كان فى مقدوره أن يهرب ويتجنب وقوع اعتداء منه أو عليه يكون مؤسسا على الخطأ فى تطبيق القانون متعينا نقضه".[2]

ومن أنه لما كان لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون قد حصل بالفعل اعتداء على النفس أو المال بل يكفى أن يكون قد صدر من المجنى عليه فعل يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التى يجوز فيها الدفاع الشرعى، وكانت المادتان ٢٤٩، ٢٥٠ ع تنصان على أن حق الدفاع عن النفس أو المال يجوز أن يبيح القتل العمد إذا كان مقصودا به دفع فعل يتخوف أن تحدث منه جروح بالغة، فان الحكم إذ رد على ما تمسك به المتهم من قيام حالة الدفاع الشرعى بأنه لم يثبت على أية صورة قيام اعتداء يبرر إطلاق النار على المجنى عليهما اللذين اثبت التحقيق أنهما ما كانا يحملان أسلحة

١- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص ٢٩٤ وما بعدها.
٢- نقض جنائى جلسة ٦ أكتوبر ١٩٥٢ س ٤ ق ١ ص ١ .

ولا عصياً ولم يحاولا الاعتداء على المتهمين أو غيرهما اعتداء من شأنه إحداث القتل - هذا الحكم - يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون ويتعين نقضه.[1]

ولا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون قد حصل بالفعل اعتداء على نفس المدافع أو على ماله بل يكفى أن يكون قد صدر من المعتدى فعل يخشى منه المتهم وقوع جريمة من الجرائم التى يجوز فيها الدفاع الشرعى. وإذن فإذا قال الحكم المطعون فيه أن المجنى عليه لم يقم بأى عمل من أعمال الاعتداء على النفس أو المال فإن هذا القول لا يصلح ردا لنفى ما تمسك به المتهم من أنه كان فى حالة دفاع شرعى ويصم الحكم بالقصور فى التسبيب.[2]

٢٣١- الدفع بتوافر عذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعى:

تجاوز حدود الدفاع الشرعى هو انتفاء التناسب بين جسامة فعل الدفاع والخطر الذى هدد المعتدى عليه، وذلك على الرغم من توافر سائر شروط الدفاع الشرعى وفى تعبير آخر يعنى التجاوز استعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافيا لدرء الخطر وعلى ذلك فليس المقصود انتفاء أى شرط من شروط الدفاع الشرعى وإنما المقصود انتفاء شرط معين منها هو التناسب، أما إذا انتفى شرط سواه فليس للدفاع الشرعى وجود، ولذلك لا يكون محلا للبحث فى تجاوز حدوده لأن هذا البحث محله أن يثبت أولا قيام الحق كما سبق القول.[3] ولقد نصت المادة ٢٥١ من قانون العقوبات على أنه "لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعى أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع. ومع

١- نقض جنائى جلسة ٧ نوفمبر ١٩٥٠ س ٢ ق ٦١ ص ١٥٢ .

٢- نقض جنائى جلسة ١١ مارس ١٩٤٠ القواعد القانونية ج ٥ رقم ٧٣ ص ١٢٦، ٨ يوليو ١٩٤٣ ج ٦ رقم ٢٥٠ ص ٣٢٨ جلسة ١٩ مارس ١٩٩٥ س ٤٦ ق ٨٧ ص ٥٨٨ سالف الإشارة إليه.

٣- نقض جنائى جلسة ٢ يناير ١٩٩٤ ط رقم ١٩٨٣ لسنة ٦٢ ق سالف الإشارة إليه.

ذلك يجوز للقاضى إذا كان الفعل جناية أن يعده معذورا إذا رأى لذلك محلا وان يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة فى القانون". وعلى ذلك فإن القول بتجاوز حدود الدفاع الشرعى هو من اختصاص قاضى الموضوع، إذ يتطلب بحثا فى وقائع الدعوى ومقارنة بين جسامة الخطر وجسامة فعل الدفاع. والقول بتوافر النية السليمة أو انتفائها هو كذلك من شأن قاضى الموضوع وتحديد ما إذا كان المتجاوز ذو النية السليمة جديرا بالتخفيف الذى تقرره المادة ٢٥١ من قانون العقوبات أم يكفى فى شأن التخفيف الذى تقرره المادة ١٧ أم أنه جدير بالعقوبة العادية بجريمته يختص به قاضى الموضوع وفقا لما يستخلصه من وقائع الدعوى وخاصة ما تعلق بمقدار التجاوز.[١]
وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "تقدير القوى اللازمة لرد الاعتداء لتقرير ما إذا كان المدافع قد التزم حدود الدفاع الشرعى فلا جريمة فيما أتاه طبقا لنص المادة ٢٤٥ من قانون العقوبات أم انه تعدى حدوده بنية سليمة فيعامل بمقتضى المادة ٢٥١ من هذا القانون، إنما هو من الأمور الموضوعية البحتة التى تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها وفق الوقائع المعروضة عليها. بغير معقب مادامت النتيجة التى انتهت إليها تتفق منطقيا مع المقدمات والوقائع التى أثبتتها فى حكمها. وإذ كان ما أثبتته المحكمة من أن الطاعن طعن المجنى عليهما بالمدية فى اكثر من موضع بأكثر من طعنة رغم أنهما لم يكونا يحملان أية أسلحة من أى نوع من شأنه أن يؤدى إلى ما ارتاه الحكم من أن الوسيلة التى سلكها الطاعن لرد الاعتداء الواقع عليه من المجنى عليهما لم تكن لتتناسب مع هذا الاعتداء بل أنها زادت عن الحد الضرورى والقدر اللازم لرده، فإن هذا بحسب الحكم لاعتبار الطاعن قد تعدى - بنية سليمة -

١- د. محمود محمود مصطفى: القسم العام، المرجع السابق بند رقم ١٧٧ ص ٢٦٠ - د. رءوف عبيد: شرح قانون العقوبات القسم العام ط ١٩٧٩ ص ٥٨٤ - المشكلات العملية فى الإجراءات ص ٧٢ وما بعدها د. نجيب حسنى: القسم العام رقم ٢٥٠ ص ٢٣٧ .

حدود حق الدفاع الشرعى، ومن ثم فإن ما يعيبه الطاعن على الحكم من قصور لا يعدو - فى حقيقته - أن يكون جدلا فى تحصيل محكمة الموضوع فهم الواقع فى الدعوى فى حدود سلطتها التقديرية فى ضوء الفهم الصحيح للقانون، وهو مالا تقبل إثارته أمام محكمة النقض.[1]

ولمحكمة النقض أن تراقب استنتاج قاضى الموضوع فإذا كان ما استخلصه لا يتفق عقلا وما أثبته من وقائع فلمحكمة النقض أن تصحح حكمه كما لو اثبت انتفاء شرط من شروط الدفاع الشرعى.

٢٣٢- الدفع بورود قيود على الدفاع الشرعى:

الأصل انه إذا توافرت شروط الدفع بالدفاع الشرعى ترتب عليه حكمه وهو إباحة فعل الدفاع. لكن الشارع قد عطل هذا الحكم فى حالتين، هما: حظر مقاومة مأمورى الضبط، وحظر الالتجاء إلى القتل العمد فى غير حالات محددة على سبيل الحصر. ومؤدى هذا التعطيل اعتبار فعل الدفاع غير مشروع على الرغم من توافر كل شروط الدفاع الشرعى. وسوف نعرض لكلا الدفعين على النحو التالى:

أولا: الدفع بتوافر القيد الخاص بحظر مقاومة مأمورى الضبط:

ولقد قدر الشارع أن اختصاص مأمورى الضبط القضائى يفرض عليهم أو يخول لهم القيام بأعمال تتسم بالسرعة والحزم، وهى فى الغالب لا تحقق المقصود منها إلا إذا نفذت فى وقت معين أو على نحو معين، ومن ثم تكون مقاومة الأفراد لها حائلة بينها وبين أن تصيب غرضها الذى يحدده القانون وفى ذلك أضرار بالمصلحة العامة ومساس بهيبة الدولة. وقد نصت على هذا القيد المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات بقولها "لا يبيح حق الدفاع الشرعى

١- نقض جنائى جلسة ١٨ ديسمبر ١٩٧٧ س ٢٨ ق ٢١٥ ص ١٠٦٢ ؛ جلسة ٢ يونيه ١٩٩٤ س ٤٥ ق ١٠٦ ص ٦٩٦ .

مقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية، ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول".

والواقع أن هذه المادة لا يمكن تفسيرها إلا فى ضوء المادة ٦٣ من قانون العقوبات التى تقيم التفرقة بين العمل القانونى والعمل غير القانونى من أعمال الموظف العام. أيا كانت تسميته. فتبيح الصورة الأولى وتعفى من المسئولية فى الصورة الثانية بشرط حسن النية وقيام الموظف بالتثبت والتحرى عن مشروعية الأمر أو الاعتقاد بمشروعيته، وقيام هذا الاعتقاد على أسباب معقولة. وبعبارة أوضح فان المادة ٢٤٨ من قانون العقوبات لا تفرض حظر استخدام الحق فى الدفاع الشرعى ضد رجل السلطة إلا فى حالة قيامه بواجبات وظيفته كما هى فعلا من الناحية القانونية وحسن نيته فعلا فى ذلك، والأمر بالتعذيب ليس من واجبات الوظيفة بداهة أو فى حالة تجاوز حدود وظيفته بحسن نية، كممارسة شىء من العنف عند القبض على المتهم لمنعه من الهرب. بناء على أمر صحيح بالقبض أو كالقيام بتنفيذ أمر القبض خطأ على شخص أخر غير المتهم بشرط توافر حسن النية أما فيما عدا هاتين الحالتين، فلا وجود للقيد المنصوص عليه فى هذه المادة وعلى ذلك ولما كانت جريمة الأمر بالتعذيب لحمل المتهم على الاعتراف لا يمكن أن تندرج تحت أى من هذين الفرضين فإنها تبيح للمجنى عليه استخدام القوة لدفع هذه الجريمة لأنها بطبيعة الحال يخشى منها الموت أو الجروح البالغة بالمتهم.[1] وتقدير جسامة الجروح أو الخطر الذى قد ينشأ عنه الموت متروك للسلطة التقديرية للقاضي، والتحقق من قيام الخوف لدى المهدد بالخطر يقتضى البحث فى حالته النفسية لتقدير ما دار فى ذهنه عن الخطر الذى هدده، واشتراط وجود سبب معقول

١- د. عمر الفاروق الحسينى: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ط ١٩٩٤ المطبعة الحديثة، بند ٧٣ ص ٩٢٨ .

لهذا الخوف يعنى تخويل القاضى سلطة رقابة تقدير المدافع وتفكيره. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان حق الدفاع الشرعي لا يبيح مقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب معقول، وكان قانون الإجراءات الجنائية قد أعطى مأمورى الضبط القضائى - بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٣٤ منه - حق القبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية على اتهامه فى حالة التلبس بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة اشهر، وكان شيخ الخفراء المجنى عليه وهو من مأمورى الضبط القضائى الذين عددتهم المادة ٢٣ من ذلك القانون قد شاهد الطاعن يرتكب جريمة الإصابة الخطأ التى يجوز وفقا لنص المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات العقاب عليها بالحبس مدة لا تزيد عن سنة، فإنه يكون له - والجريمة فى حالة تلبس - أن يقبض عليه دون أن يبيح ذلك للطاعن مقاومته استنادا إلى حق الدفاع الشرعى، ما دام لا يدعى انه خائف أن ينشأ عن قيام شيخ الخفراء بالقبض عليه وأثناء قيام الأخير بذلك موت أو جروح بالغة لأنه كان لخوفه سبب معقول، ويكون الحكم إذ أطرح دفاعه انه كان في حالة دفاع شرعي قد اقترن بالصواب[1].

ثانيا: الدفع بتوافر القيد الخاص بحظر القتل العمد:

أما عن الدفع بتوافر القيد الخاص بحظر القتل العمد فى غير حالات محدودة على سبيل الحصر، فانه يتعلق بالتناسب بين فعل الدفاع وجسامة الخطر وترجع العلة فى هذا القيد إلى خطورة القتل العمد ورغبة الشارع فى الحد من الحالات التى يجوز فيها الالتجاء إليه دفاعا عن النفس أو المال. وقد نصت عليه المادة ٢٤٩ من قانون العقوبات وردته إلى ثلاث حالات دفاعا عن النفس:

١- نقض جنائى جلسة ١٢ فبراير ١٩٨٦ س٣٧ ق٥٧ ص٢٧٢ .

١- فعل يتخوف أن يحدث موت أو جروح بالغة ويشترط الشارع فى ذلك أن يكون للاعتقاد بقيام هذا الخطر سبب معقول.

٢- إتيان المرأة كرها أو هتك عرض إنسان بالقوة .

٣- اختطاف إنسان.

وفى المادة ٢٥٠ دفاعا عن المال وردته إلى أربع حالات:

١- جرائم الحريق العمد المنصوص عليها بالمواد ٢٥٢، ٢٥٧، ٢٥٩ من قانون العقوبات.

٢- سرقة من السرقات المعدودة من الجنايات، ويعنى الشارع بذلك الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٣١٣ - ٣١٦ مكررا ثانيه من قانون العقوبات.

٣- الدخول ليلا فى منزل مسكون أو فى أحد ملحقاته.

٤- فعل يتخوف منه الموت أو الجروح البالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة.

وتطبيقا لما سلف ذكره من حالات حظر القتل العمد دفاعا عن المال إلا لحالات منصوص عليها صراحة قضت محكمة النقض بان "حق الدفاع الشرعى عن المال يبيح وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٠ عقوبات القتل العمد مادام المقصود منه منع الدخول ليلا فى منزل مسكون أو فى ملحقاته".[١]

٢٣٣- الطبيعة الإجرائية للدفع:

وغنى عن البيان أن الدفع بتوافر قيد على الدفاع الشرعى هوالآخر من الدفوع الموضوعية التى لا يجوز إبداؤها أول مرة أمام محكمة النقض ما لم

١- نقض جنائى جلسة ٢٨ أكتوبر١٩٦٨ س ١٩ ق ١٧٣ ص ٨٧٥ .

تكن قد أثيرت أمام محكمة الموضوع. ولا يتعلق بالنظام العام. وتقدير توافره يخضع لمطلق تقدير سلطان محكمة الموضوع طالما كانت الأسباب التى تسوقها ردا عليه نفيا أو إيجابا سائغا.[1]

وفى النهاية فان الدفع بالدفاع الشرعى أو تجاوزه أو بورود قيد عليه وبحسب الرأى الذى سرنا على نهجه يعتبر ذا طابع أولى من حيث طبيعته الإجرائية لان المحكمة التى تفصل فى موضوع الدعوى هى التى تتولى الفصل فيه.

١- نقض جنائى جلسة ١٢ أبريل ٢٠٠٠ الطعن رقم ٧٦٧٧ لسنة ٦٧ ق لم ينشر بعد - سالف الإشارة إليه.

الفرع الثانى
الدفع باستعمال السلطة

٢٣٤- التعريف بالدفع باستعمال السلطة:

نص المشرع على استعمال السلطة فى المادة ٦٣ من قانون العقوبات فقرر "أنه لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية:

أولا: إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه.

ثانيا: إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه.

وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت انه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وانه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة".

والنص كما هو ظاهر من صيغته مقصور على الموظفين العموميين فلا يستفيد منه غيرهم كالمستخدم الخاص إذا ما ارتكب فعلا تنفيذا لأمر صادر إليه من رب العمل. والتعريف الخاص بالموظف كما عنته تلك المادة به متسع، إذ لا يتقيد بالمعايير الإدارية فليس بشرط أن يشغل وظيفة دائمة: فالمكلف بخدمة عامة وهو من تستعين به الدولة على نحو مؤقت يعد موظفا عاما والموظف الفعلى وهو من كان تعيينه باطلا أو لم يصدر قرارا بتعيينه ولكنه باشر فعلا بعض اختصاص الدولة يعد موظفا عاما فتباح أفعاله بشرط أن

تعد صحيحة طبقا للقانون الإدارى. إذ تتمثل فيها مباشرة الدولة لبعض اختصاصها فى صورة اعترف بها القانون. ويعد موظفا عاما. كذلك كل شخص تباشر الدولة عن طريقه جانبا من اختصاصها ولو كان ما يربطه بها أحد عقود القانون الخاص. وقد عرفت محكمة النقض الموظف العام فى حكم المادة ٦٣ عقوبات بقولها "انه من يولى قدرا من السلطة العامة بصفة دائمة أو مؤقتة أو تمنح له هذه الصفة بمقتضى القوانين واللوائح سواء أكان يتقاضى مرتبا من الخزانة العامة. كالموظفين والمستخدمين الملحقين بالوزارات والمصالح والمجالس البلدية ودار الكتب أم كان مكلفا بخدمة عامة دون أجر كالعمد والمشايخ ومن إليهم".(١) وواضح من هذا الحكم هجر المحكمة للتعريف السائد فى القانون الإدارى، وتوسعها فى تحديد مدلول الموظف العام بالقدر الذى كان ضروريا للبت فيما كان معروضا عليه.

٢٣٥- أحكام الدفع باستعمال السلطة:

والأعمال التى يؤديها الموظف العمومى قياما بواجباته طبقا للمادة ٦٣ المشار إليها لا تخرج عن إحدى صورتين.(٢)

١- أن يكون عمل الموظف مطابقا للقانون سواء كان تنفيذا لأمر رئيسه أو قياما بواجبه فى تنفيذ أوامر القانون: يكون العمل الذى يقوم به الموظف مطابقا للقانون فى حالتين نصت عليها المادة سالفة الذكر.

١- نقض جنائى جلسة ٢٥ ديسمبر ١٩٥٦ س ٧ رقم ٣٦٥ ص ١٣٣١ .

٢- د. السعيد مصطفى السعيد: العقوبات المرجع السابق ص ١٩٦ وما بعدها، د. محمود مصطفى: القسم العام - المرجع السابق ص ١١٢ وما بعدها، د. نجيب حسنى: العقوبات المرجع السابق بند ٢٥٨ ص ٢٤٤، د. إسحاق إبراهيم منصور: ممارسة السلطة وآثارها رسالة دكتوراه سنة ١٩٧٤ جامعة القاهرة ص ١٠١ إلى ١٠٦، د. جلال ثروت: النظرية العامة لقانون العقوبات - ص ٣٠٧، مستشار مجدى مصطفى هرجة: التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء ط ثانية نادى القضاة ١٩٩١ - ١٩٩٢ ص ٣٦٥.

"**الأولى**" إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر رئيس وجبت عليه إطاعته.

"**والثانية**" إذا ارتكب الفعل تنفيذا للقانون، وتتفق الحالتان فى أن الموظف فيها يقوم بواجب ؛ ويختلفان فى أن الموظف فى الحالة الثانية يتحمل مسئولية العمل شخصيا، أما فى الحالة الأولى فانه ينفذ فيها أمرا يتحمل غيره مسئوليته. وعلى أى حالة يجب أن يكون العمل قانونيا فى الحالتين، وإذا كان عمل الموظف مطابقا للقانون سواء كان نتيجة لتنفيذ أمر رئيس تجب عليه إطاعته أو قياما بواجبه لتنفيذ القانون، فلا مسئولية على الموظف فى ذلك، وهذا أمر ما كان يحتاج إلى نص ؛ لأن القانون يوجب على المرءوس إطاعة أمر رئيسه وإلا كان عرضة للمؤاخذة التأديبية كما استلزم قيام الموظف بتنفيذ أوامر القانون، وبذلك لا يكون عمل الموظف مباحا فقط، ولكنه فوق ذلك واجب مفروض فلا يترتب عليه أى مسئولية جنائية ولا مدنية.

٢- وقد يكون عمل الموظف العمومى غير مطابق للقانون، ويكون ذلك فى حالتين أيضا:

الحالة الأولى: إذا كان الموظف قد ارتكبه تنفيذا لأمر ليس من الأوامر الواجب عليه العمل بها، إما لأن العمل المأمور به فى ذاته غير جائز فى القانون ؛ أو لأن الأمر به صدر ممن لا يملك إصداره أو لأن الموظف الذى أمر به ليس رئيسا له فى الحقيقة، ويكون الموظف المأمور قد ارتكب العمل رغم ذلك معتقدا بصحة الأمر الصادر إليه وانه مكلف بتنفيذه. مثال ذلك أن يقبض الموظف بحسن نية على إنسان بمقتضى أمر بالقبض باطل من حيث الشكل.

الحالة الثانية: أن يكون الموظف قد أخطأ فى معرفة واجبه وارتكب العمل بحسن نية اعتقادا منه أنه من اختصاصه كحالة الموظف الذى يقبض بحسن نية على إنسان غير الذى عين فى أمر القبض مستجمع للشروط القانونية.

ولما كان العمل غير قانونى فى هاتين الحالتين، كان من المفروض أن يسأل الموظف جنائيا عنه، ولكن الشارع رأى - ضمانا لما يجب للموظفين العموميين

من الطمأنينة فى القيام بأعمالهم - إعفاء الموظف من المسئولية الجنائية بشرطين هما: أن يكون حسن النية معتقدا مشروعية العمل، وأن يثبت أنه لم يرتكب هذا الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأن اعتقاده - بمشروعية فعله - مبنى على أسباب معقولة.

غير أن إثبات حسن النية والتحرى جاء خلافا للأصل المستقر عليه فى المسائل الجنائية، مع انه واجب النيابة والمحكمة. فالقى المشرع بعبئه على عاتق المتهم، وليس فى هذا الشرط مغالاة من المشرع لأنه إذا كان يسوى بين العمل القانونى والعمل غير القانونى حتى لا يدعوا تهديد الموظف بمسئولية مطلقة إلى تردده فيما هو من وظيفته مما يلحق ضررا بالمصلحة العامة، فمن الواجب أيضا ألا يغفل جانب الأفراد الذين يعتدى على حقوقهم مما مقتضاه التنبيه إلى عدم الأقدام على العمل ما لم يكن بيد الفاعل الدليل على قيام أسباب معقولة تبرر اعتقاده بمشروعية العمل.(١)

وتطبيقا لما تقدم قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر أن طاعة المرءوس لرئيسه لا تكون فى أمر من الأمور التى يحرمها القانون. وقد اشترط المشرع لتبرير الفعل الواقع من الموظف- فوق أن يكون حسن النية - وجوب تحريه وتثبته من ضرورة التجائه إلى ما وقع منه، ووجوب اعتقاده مشروعية عمله اعتقادا مبنيا على أسباب معقولة. فإذا كان المفهوم مما أثبته الحكم المطعون فيه أن ما وقع من المتهم كان عن طيش ولم يكن منبعثا عن أسباب معقولة فلا يحق له التمسك بهذه المادة ؛(٢) ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض أيضا من أنه "لما كان الثابت من الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه أن الطاعن

١- د. السعيد مصطفى السعيد: القسم العام المرجع السابق ص ١٧٤ وما بعدها، د. محمود مصطفى: القسم العام المرجع السابق ص ٢١٢ وما بعدها، د. جلال ثروت: العقوبات المرجع السابق ص ٣١١ وما بعدها.

٢- نقض جنائى جلسة ٣١ أكتوبر ١٩٣٢ ط رقم ٢٤٢٠ سنة ٢ ق، ١١ مارس ١٩٣٥ ط رقم ٨٢٩ سنة ٥ ق ٢٤ أبريل ١٩٦٤ س ١٥ ص ٣١٤، ٢ يناير ١٩٧٧ س ٢٨ ق ٢ ص ١٤ .

بوصفه شرطيا، لم يعمل بالتعليمات المفروضة عليه فى استخدام سلاحه النارى والمستمدة من روح القانون ؛ بل إنه بعد أن لحق بالمجنى عليه أطلق عليه عيارا ناريا واحدا صوبه على المجنى عليه مباشرة فأصابه فى وجهه - أى فى مقتل من مقاتله - مع أنه كان قد لحق به ولم يعد لإطلاق النار من مبرر، وهو ما ينم عن استهانته بالتعليمات المفروضة عليه واستخفاف بالأرواح لا يجيزه القانون ؛ فان ما اعتصم به من دفع لنفى مسئوليته بانطباق نص المادة ٦٣ من قانون العقوبات يكون فى غير محله، وإذ التزم الحكم المطعون فيه بذلك فانه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح".(١)

٢٣٦- تعلق الدفع باستعمال السلطة بالنظام العام:

والدفع بممارسة السلطة هو دفع موضوعى يتعين أثارته أمام محكمة الموضوع قبل أثارته أمام محكمة النقض، كما لا يتعلق بالنظام العام. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "ما يقوله الطاعن خاصاً بعدم مسئوليته عن جريمة الاختلاس طبقا للمادة ٦٣ من قانون العقوبات لأنه انصاع لرغبة رئيسه مردود بأن فعل الاختلاس الذى اسند إليه ودانته المحكمة به هو عمل غير مشروع ونية الإجرام فيه واضحة بما لا يشفع للطاعن فيما يدعيه من عدم مسئوليته. فضلا عن ذلك فالذى يبين من الاطلاع على محضر الجلسة أن الطاعن لم يثر هذا الدفاع أمام محكمة الموضوع حتى تستطيع التثبت من حقيقة الصلة التى تربطه بالمتهم الأول بصفة هذا الأخير رئيسا له".(٢)

كما أن طاعة الرئيس لا تكون واجبة إذا كان الأمر الصادر منه لمرءوسه يتضمن الأمر بارتكاب جريمة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن طاعة الرئيس لا تمتد بأى حال إلى ارتكاب الجرائم وإنه ليس على

١- نقض جنائى جلسة ٢ أبريل ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٦١ ص ٤٣١ .
٢- نقض جنائى جلسة ١١ أبريل ١٩٦٠ س ١١ ص ٢٣٧ .

المرءوس أن يطيع الأمر الصادر إليه من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه ؛ ومن ثم فليس على المحكمة أن ترد على دفع قانونى ظاهر البطلان".(١)

وإذا كان الفقه قد اتفق فى جمهوره على أن الدفع بممارسة السلطة هو أحد أسباب الإباحة للدفع الذى يشكل جريمة بطبعه ؛ فان جانبا آخر من الفقه يرى أن الدفع بممارسة السلطة التصورية على حسب تعريفه لها يجب النص صراحة على اعتباره عذرا معفيا من العقاب باعتبار أنه لو كان المشرع يقصد اعتباره كذلك، لكان معنى الأمر أن حسن النية ينفى القصد الجنائى، وهو ما لم يرده المشرع، وإلا لما نص على ذلك صراحة بنص خاص فى قانون العقوبات فى المادة ٦٣ منه ؛ ولأن القواعد العامة فى الإسناد والمسئولية تتكفل بحكمها .(٢)

غير أننا لا نتفق مع هذا الرأى ونساير فى ذلك جمهور الفقه ؛ لأن إفراد نص خاص لهذا السبب من أسباب لإباحة لا يعنى أن حسن النية ينفى القصد الجنائى ؛ وإنما يعنى أن الفعل وأن كان يشكل جريمة إلا أنه يخرج من نطاق التأثيم لحكمة أرادها المشرع وهى التماس العذر للموظف العام الذى يؤدى واجبه ويتجاوز حدود اختصاصه المخول له ليدخل فى مجال الحقوق التى تلتزم الدولة بصيانتها، وهو يعتقد أنه مازال فى نطاق اختصاصه.

والدفع باستعمال السلطة - شأنه شأن سائر الدفوع المتعلقة بأسباب الإباحة - ذو طابع أولى تتولى المحكمة التى تفصل فى موضوع الدعوى الفصل فيه أيضا .

١- نقض جنائى جلسة ١٦ فبراير ١٩٩٣ طرقم ٦٨٦٠ السنة ٥٩ ق س ٤٤ ق ٢٢ ص ١٨٧ ، ١٨ مايو ١٩٩٣ س ٤٤ ق ٧٤ ص ٤٩٩ .

٢- رسالة دكتور إسحاق إبراهيم: ممارسة السلطة وأثارها رسالة دكتوراه سابق الإشارة إليها ص ٨٨ وما بعدها.

الفرع الثالث

الدفع باستعمال الحق والدفع برضاء المجنى عليه

٢٣٧- الدفع باستعمال الحق:

يقصد باستعمال الحق الحالات التى يكون فيها الفعل المرتكب قد وقع استعمالا لحق خاص يقرره القانون لمرتكبه، ولو تمثل فى صورة سلطة يمارسها على غيره كسلطة الأب فى تأديب ولده، أو كان قيامه به تحقيقا لمصلحة عامة ؛ كحق التبليغ عن الجرائم أو الطعن فى أعمال موظف عام، مادام صاحب الحق بهذا المعنى يسعه إلا يباشره بغير أن يتعرض للمؤاخذة الجنائية أو التأديبية، وإلا دخل فى نظام الواجبات. فالمقصود بالحق فى الواقع هو مطلق إجازة القانون. والدفع باستعمال الحق كسبب للإباحة يجد سنده فى المادة ٦٠ من قانون العقوبات التى جاء نصها على انه "لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة" وبذا قررت هذه المادة سببا موضوعيا للإباحة هو استعمال الحق.

٢٣٨- الشروط الموضوعية للدفع باستعمال الحق:

يتقيد استعمال الحق بأربعة شروط حسب إجماع الفقه على ذلك، على ما يبين من القسم العام فى قانون العقوبات وتتمثل هذه الشروط فى وجود

حق مقرر بمقتضى القانون يستند بمقتضى نص المادة ٦٠ عقوبات إلى الشريعة سواء كان ذلك قانون العقوبات أم أى فرع آخر من فروع القانون، كذلك العرف أو الشريعة الإسلامية حينما تعد مصدرا للحقوق فى الحدود التى تكون فيها نافذة أو إلزامية. كما يلزم التزام حدود هذا الحق الموضوعية أو الشخصية وان يكون الحق معترفا به وان يكون من الأفراد المخول لهم استعمال الحق طبقا للقانون، وان يكون تنفيذ الجريمة وسيلة ضرورية لاستعمال الحق.(١)

٢٣٩- تطبيقات الدفع باستعمال الحق:

١- **حق التأديب** : فقد أقرت الشريعة الإسلامية حق تأديب الزوج لزوجته عن كل معصية لم يرد فى شأنها حد مقرر. وقد استقرت محكمة النقض على ما سلف ذكره من أن هذا الحق يتمثل فى انه لا يجوز أن يضربها ضربا فاحشا، وحد الضرب الفاحش الذى تشير إليه المادة هو الذى يؤثر فى الجسم ويغير لون الجلد. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن التأديب حق للزوج ولكن لا يجوز أن يتعدى الإيذاء الخفيف، فإذا تجاوز الزوج هذا الحد فأحدث أذى بجسم زوجته، كان معاقبا عليه قانونا حتى ولو كان الأثر الذى حدث بجسم الزوجة لم يزد عن سحجات بسيطة. فإذا كان البين من هذا التقرير أن بالمجنى عليها كدمة رضية بأقصى الجزء الأسفل ليسار الصدر وأعلى مقدم يسار البطن تحدث عن المصادمة بجسم صلب راض ثقيل نوعا من مثل قالب طوب أحدثت تهتكا اصابيا بجوهر ونسيج الطحال نجم عنه نزيف دموى داخلى غزير أدى إلى الوفاة ؛ فان هذا كاف لاعتبار ما وقع منه

١- د. السعيد مصطفى السعيد: القسم العام المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها، د. محمود مصطفى: القسم العام المرجع السابق ط ١٩٥٥ ص ٨٣، د. نجيب حسنى: القسم العام المرجع السابق ص ١٧٣، د. على راشد ويسر أنور: القسم العام المرجع السابق ص ٥٢٣، د. عثمان سعيد عثمان: استعمال الحق كسبب للإباحة رسالة دكتوراه عام ١٩٦٨ ص٣٦٦ .

خارجا عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجبا العقاب، ولا جناح على المحكمة أن هى التفتت عن هذا الدفع القانونى الظاهر البطلان".(١)

كما أقرت الشريعة الإسلامية أيضا حق ضرب الصغار للتعليم والتهذيب، وهذا الحق مقرر للأب ومن فى منزلته كالجد أو العم، كما أنه مقرر للأم لتعليم الصغار بالإجماع. والحق يخول الضرب البسيط، وحدوده أن يكون باليد وليس بغيرها. وفى ذلك قضت محكمة النقض بأن "التأديب المباح شرعا لا يجوز أن يتعدى الضرب البسيط الذى لا يحدث كسرا أو جرحا ولا يترك أثرا ولا ينشأ عنه مرض. فإذا ربط والد ابنته بحبل ربطا محكما فى عضديها احدث عندها غنغرينا سببت وفاتها ؛ فهذا تعذيب شنيع يقع تحت طائلة قانون العقوبات"(٢) وتخول الشريعة الإسلامية حق التأديب للمعلم أيضا، الذى يتولى تعليم الصغير وتربيته. وهذا الحق معطل فى معاهد التعليم الحكومية ؛ حيث يحرم المشرع الوضعى العقوبات البدنية تحريما تاما.(٣) - ويدخل فى معنى المعلم أرباب الحرفة بالنسبة إلى الصبيان الذين يتعلمون عندهم، أما المخدوم فليس له ضرب خادمه مطلقا، ولو كان ذلك بإذن والده، لأن الرابطة القانونية بينهما لا تقرر له هذا الحق، فهو أجير خاص.(٤)

٢- حق ممارسة الألعاب الرياضية: لا شك أن ممارسة الألعاب الرياضية تستند إلى حق، وهو من الحقوق التى تشجع الدولة بوسائلها على ممارسته وتجعله من الواجبات فى بعض الأحوال، وعلى ذلك فإن مباشرة النشاط الرياضى الذى ترخص به الدولة يستتبع إباحة ما قد يتطلبه أو يسفر عنه من

١- نقض جنائى جلسة ٧ يونية سنة ١٩٦٥ س ١٦ ص ٥٥٢، جلسة ٩ يناير سنة ١٩٩٤ س ٤٥ ق ٨ ص ٧١ ، جلسة ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٩٤ س ٤٥ ق ١٩٢ ص ١٢٣٠ .
٢- نقض جنائى جلسة ٥ يونية ١٩٣٣ ط رقم ١٦٧١ س ٣ مشار إليه بمجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة فى خمسين عاما ط ,١٩٨٨ مستشار الصاوى يوسف القبانى طبعة نادى القضاة.
٣- نقض جنائى جلسة ١١ مارس ١٩٥٧ س ٨ ص ٢٢٨ .
٤- د. السعيد مصطفى السعيد: القسم العام المرجع السابق ص ١٨٠ .

أفعال خطرة وإصابات، مادام اللاعب قد حرص على مراعاة أصول اللعب وقواعده المنظمة له.(١)

٣- مزاولة أعمال الطب والجراحة: لا يباح التطبيب أو الجراحة إلا إذا كان من أجراه مرخصا له بذلك قانونا، وإلا فإنه يكون مسئولا طبقا للقواعد العامة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "إباحة عمل الطبيب أو الصيدلى مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط أحدهما فى اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية بحسب تعمده الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله.(٢) فضلا عن ذلك يقتضى هذا الحق أن تكون الغاية من عمل الطبيب قصد علاج المرض فلا يعد ملتزما حدود حقه الطبيب الذى يجرى العملية مستهدفا التجربة العملية. ويجب على الطبيب أن يحصل على رضاء المجنى عليه بالعلاج ؛ فالقانون لا يخوله إخضاع المريض للعلاج رغما عنه، بل فقط إذا ما دعاه المريض إلى ذلك.

٤- كذلك ينص القانون على حالات للإباحة ترجع فى أساسها إلى استعمال الحق، ولها من الأثر ما للإباحة العامة المقررة بالمادة ٦٠ المتقدمة، ولكنها تختلف عنها فى أنها خاصة بجرائم معينة كجريمتى القذف والسب ولا أثر لها فى غيرها من الجرائم. ونظرا لما لهذه الحالات من صفة الخصوص ؛ فأنها تدخل فى دراسة الجرائم المتصلة بها. ومن حالات الإباحة الخاصة **إباحة القذف إذا وجه إلى ذوى الصفة العمومية فى شأن واجباتهم (م ٣٠٢ ع) وإباحة التبليغ عن الجرائم (مادة ٣٠٤ ع) والشهادة أمام جهات القضاء والدفاع أمامها (م. ٣٠٩ ع.)**

١- د. محمود مصطفى: القسم العام المرجع السابق ص ٩٥، د. على راشد ويسر أنور: القسم العام المرجع السابق ص ٥٤١ ومابعدها.

٢- نقض جنائى جلسة ٢٧ يناير ١٩٥٩ س ١٠ ط رقم ١٣٢٢ لسنة ٢٨ ق ص ٩١، جلسة ١١ فبراير ١٩٧٣ س ٢٤ ق ٤٠ ص ١٨٠.

٢٤٠ -تعلق الدفع باستعمال الحق بالنظام العام:

والدفع باستعمال الحق شأنه فى ذلك شأن سائر الدفوع الموضوعية لا يتعلق بالنظام العام، ويتعين أن يتمسك به صاحب المصلحة فيه أمام محكمة الموضوع، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لا تلتزم المحكمة بتقصى أسباب إعفاء المتهم من العقاب فى حكمها ما لم يدفع بها أمامها. وإذا كان الثابت أن الطاعن لم يتمسك أمام المحكمة بقيام سبب من أسباب الإباحة ؛ فليس له أن ينعى على حكمها إغفاله التحدث عن ذلك".(١) كما أنه إذا لم يثر هذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فليس له أن يتمسك بها أمام محكمة النقض. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان يبين من محاضر المحاكمة أن الطاعن لم يثر لدى محكمة الموضوع شيئا عن أن ما أتاه كان استعمالا لحق مقرر بمقتضى الشريعة بما يخرجه من نطاق التأثيم عملا بالمادة ٦٠ من قانون العقوبات. وكان هذا الدفاع يقوم على واقع يقتضى تحقيقا ينأى عن وظيفة محكمة النقض ؛ فإن إثارته أمامها أول مرة تكون غير مقبولة، (٢) كما قضت أيضا بأنه "من المقرر أن الدفع بإباحة القذف أو السب إعمالا لحكم المادتين ٣٠٢، ٣٠٩ من قانون العقوبات وإن كان دفاعا جوهريا، على المحكمة أن تعرض له فى حكمها إيرادا وردا، إلا انه من الدفوع القانونية المختلطة بالواقع، فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، ما لم تكن وقائع الدعوى كما أثبتها الحكم ترشح لقيامه، لأنه يتطلب تحقيقا ينحسر عنه وظيفتها".(٣)

غير أن ذلك لا ينتقص من أن محكمة الموضوع مطالبة ببحث هذا السبب من أسباب الإباحة إذا كانت عناصره ثابتة بالأوراق، باعتبار أن تطبيق القانون واجب عليها. و لأنه ذو طابع أولى من حيث الطبيعة الإجرائية له.

١- نقض جنائى جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٢٤٢ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٨ ديسمبر ١٩٨٤ ط رقم ٦٥٤٩ لسنة ٥٣ ق مشار إليه بكتاب المستشار مجدى هرجه التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء ١٩٩١/١٩٩٢ ص ٣٤٣ سالف الإشارة إليه.

٣- نقض جنائى جلسة ١٩ أكتوبر ١٩٩٣ س ٤٤ ق ١٣١ ص ٨٥٤ ، جلسة ٢٠ ديسمبر ١٩٩٣ س٤٤ ق١٨٥ ص ١٢٠٦ .

٢٤١- الدفع برضاء المجنى عليه:

يثور التساؤل عما إذا كان رضاء المجنى عليه يعد سببا للإباحة. وفى حالة ما أن كان كذلك فهل هو سبب عام أم أن نطاقه مقتصر على بعض الجرائم؟ فبعض الجرائم لا يثور فيها البحث فى القيمة القانونية لرضاء المجنى عليه، وهذه الجرائم هى ما نالت بالاعتداء حقا للدولة وحدها، إذ لا يوجد مجنى عليه من الأفراد، وليس لممثلى الدولة صفة فى النزول عن حقوقها وإباحتها للاعتداء.(١) مثال ذلك الجرائم المخلة بأمن الحكومة وجرائم تزييف العملة. وبعض الجرائم يصرح القانون فيها بأن انعدام الرضاء أحد أركانها، ومثال ذلك "وقاع أنثى بغير رضاها" . "وهتك عرض بالقوة أو التهديد" . وفى هذه الجرائم تكون الأهمية القانونية لرضا المجنى عليه واضحة، إذ ينتفى به أحد أركان الجريمة، وبين هاتين الطائفتين توجد طوائف عديدة من الجرائم يثور البحث فيها حول ما لرضاء المجنى عليه من قيمة.

٢٤٢- أحكام الدفع برضاء المجنى عليه وصوره:

والأصل أن رضاء المجنى عليه ليس سبب إباحة، وأنه إذا كان له هذا الأثر بالنسبة لبعض الجرائم، فإنما يكون على سبيل الاستثناء، ولولا هذه الأهمية ما قامت الحاجة إلى حمايتها بالجزاء الجنائى، وهو بطبيعته مغلظ، فإن كان الحق ذا أهمية اجتماعية فمن التناقض أن يخول فرد سلطة النزول عنه وإهدار ما للمجتمع من نصيب فيه. وتطبيقا لذلك يجرم القتل إذا كانت أركانه متوافرة كلها، ولو رضى به المجنى عليه بل ولو طلب صراحة التخلص من الحياة وألح فى طلبه، ذلك أن حياة كل فرد حق له وحق للمجتمع الذى يعنيه حرص أفراده على حياتهم استبقاء لكيانه ودعما له وما يقال عن الحق فى الحياة يقال عن حقوق عديدة كالحق فى سلامة الجسم وحقوق الزوجية.

١- د. محمد صبحى محمد نجم:"رضا المجنى عليه وأثره فى المسئولية الجنائية" عام ١٩٧٥ رسالة دكتوراه ص٢٥ .

ولرضاء المجنى عليه صور عديدة معتبرة قانونا، فقد ينفى رضاء المجنى عليه الركن المادى لجريمة كما فى جريمة السرقة فالاختلاس ركنها المادى ولا يتصور ارتكابها إلا إذا كان المجنى عليه غير راضى عن خروج الشيء من حيازته ودخوله فى حيازة الغير. ولا قيام للركن المادى فى جريمة اغتصاب الإناث إلا إذا واقع الجانى المجنى عليها بغير رضاها. والقاعدة نفسها تسرى على جرائم الخطف والقبض على الأشخاص وانتهاك حرمة ملك الغير. وقد لا يقوى رضاء المجنى عليه وحده على إباحة بعض الأفعال، ولكنه يعد عنصرا تقوم عليه سبب لإباحتها. وبذلك تكون لها أهمية قانونية باعتباره يساهم فى بنيان سبب الإباحة. فالأعمال الطبية لا يبيحها رضاء المريض ولكن هذا الرضاء شرط إلى جانب شروط أخرى لا غنى عنها لقيام هذه الإباحة. والألعاب الرياضية لا تستند أباحتها إلى الرضاء ولكن شرط إباحتها أن يرتكب العنف أثناء المباراة والمباراة يفترض رضاء المشتركين فيها بكل الأفعال التى تقتضيها اللعبة الرياضية.(١) والأصل فى الإجراءات الجنائية انه لا تأثير لرضاء المجنى عليه على الإجراءات الجنائية. ولهذا الأصل استثناء حيث يجعل القانون تحريك الدعوى الجنائية متوقفا على شكوى المجنى عليه، وبذلك يكون لرضاء المجنى عليه تأثيره على الإجراءات، إذ أن نتيجته الطبيعية ألا تقدم الشكوى فلا تتحرك الدعوى وللرضاء هذا الأثر ولو كان لاحقا على الجريمة، واهم مواضع هذا الاستثناء جرائم الزنا والسرقة بين الأصول والفروع والقذف والسب. وفى بعض هذه الجرائم يكون لرضاء المجنى عليه تأثيره على الدعوى بعد تحريكها، إذ له إيقاف الدعوى فى أية حالة كانت عليها وإيقاف تنفيذ الحكم الصادر فيها ومثال ذلك الزنا والسرقة بين الأصول والفروع. ونلاحظ أن تأثير الرضاء فى هذه الجرائم مقتصر على الإجراءات الجنائية. أى أنه غير ذى تأثير على أركان الجريمة ولكى ينتج الرضاء آثاره القانونية

١- د. نجيب حسنى: القسم العام المرجع السابق ص ٢٦١ - د. السعيد مصطفى السعيد: القسم العام المرجع السابق ص ١٠٥ .

يتعين أن يكون المجنى عليه مميزا. وأن تكون إرادته سليمة مما يعيبها، وان يكون الرضاء معاصرا للفعل الذى تقوم به الجريمة.

٢٤٣- تعلق الدفع برضاء المجنى عليه بالنظام العام:

والدفع برضاء المجنى عليه ذو طابع موضوعى فى جميع الأحوال: فإن كان سبب إباحة أو عنصر فى سبب إباحة فطابعه الموضوعى مستخلص من الطابع الموضوعى العام لأسباب الإباحة، وان كان من شأنه نفى أحد عناصر الركن المادى فله طابع هذا الركن وهو طابع موضوعى كذلك. ويخلص من هذا الطابع أن العبرة فى إنتاج الرضاء آثاره القانونية هى بوجوده فعلا لا بإعلانه أو علم مرتكب الفعل به، ويخلص منه كذلك أن الاعتقاد بوجوده دون أن يكون متوافرا حقيقة غير كاف لإنتاج أثره وان كان من شأن هذا الاعتقاد نفى القصد الجنائى.(١)

وهذا الدفع بدوره من الدفوع الموضوعية لا يتعلق بالنظام العام ويتعين لكى تلتزم المحكمة بالرد عليه أن يتمسك به صاحب المصلحة فيه أمام محكمة الموضوع بحيث إذا لم يعرض عليها، فلا تقبل أثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. وهو ذو طابع أولى بحسب الرأى الذى أخذنا به فى بداية الدراسة.

١- د. نجيب حسنى: القسم العام المرجع السابق بند ٢٧٩ ص ٢٦٣ .

المطلب الثانى
الدفع بعدم الدستورية

٢٤٤- تمهيد:

هذا الدفع وان كان ذو طابع إجرائى بحيث يمكن إثارته مع الدفوع الشكلية إلا أن طبيعته والتى - أن صحت بالنسبة لنص جنائى - ترتب أثرا قد ينتهى إلى انعدام النص القانونى الخاص بالجريمة منذ ميلاده، وبالتالى تقويض بنيانها الشرعى ؛ لذلك فقد رأينا عرضه مع الدفوع الموضوعية المطروحة فى البحث والداخلة فى إطار الدفوع الخاصة بتقويض الركن الشرعى للجريمة وانتفائه.

وقد قضت المحكمة الدستورية فى بيان ذلك "إن الدفع بعدم الدستورية لا يكون من قبيل الدفوع الشكلية، أو الإجرائية، بل يتغيا فى مضمونه ومرماه مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحا لها على ماعداها، وتوكيدا لصلتها الوثقى بالنظام العام، وهى أجدر قواعده، وأولاها بالإعمال، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع فى أية حالة تكون عليها الدعوى، وأمام أية محكمة أيا كان موقعها من التنظيم القضائى الذى يضمها".(١)

وفى ذلك ما يؤكد وجهة نظرنا من أن الدفع بعدم الدستورية دفع موضوعى يجدر عرضه مع الدفوع الموضوعية التى يترتب على صحتها انعدام النص

١- حكم المحكمة الدستورية فى القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ ق دستورية جلسة ١٢ أبريل ١٩٩٤ - مشار إليه بمرجع المستشار وليد الجارحى نائب رئيس محكمة النقض "الطعن بالنقض المدنى" ط عام ٢٠٠٠ نادى القضاة ص ٦٦ .

القانونى منذ ميلاده ؛ ومن ثم انتفاء الركن الشرعى للجريمة.

والجدير بالذكر أن الاختصاص بالفصل فى مدى شرعية القرار الإدارى أو اللائحة أو نحوهما من المصادر التشريعية للنصوص قد تغير، فنزع من مجلس الدولة بإنشاء المحكمة الإدارية العليا بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ حيث نص فى المادة الرابعة منه على أن هذه المحكمة تختص بالفصل دون غيرها فى دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم، وتحدد المحكمة التى أثير أمامها الدفع ميعادا للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد، اعتبر الدفع كأن لم يكن، ويسرى هذا الحكم بطبيعة الحال على الدفع بعد دستورية أى قانون مطلوب تطبيقه فى أية دعوى مطروحة على القضاء الجنائى. وواضح من هذا النص والنصوص التى تليه أن دور المحكمة العليا دور خطير، بل مفرط فى خطورته ومتشعب النواحى، يتناول الرقابة على دستورية القوانين والهيمنة على تنازع الاختصاص، وعلى تفسير القوانين، ولا يقل عنه خطورة - بل يتجاوزه - دور المحكمة الدستورية العليا التى تحدث عنها دستور عام ١٩٧١ وأنشئت بمقتضى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ . وطبقا للمادة ٢٥ من القانون المشار إليه تختص المحكمة الدستورية دون غيرها بما يأتى:

١- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح.

٢- الفصل فى تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من جهاز القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائى وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم يتخل أحدهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها.

٣- الفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرا إحداهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى والأخرى من جهة أخرى منها.

٢٤٥- ضوابط رقابة المحكمة على دستورية القوانين واللوائح:

طبقا للمادة ٢٩ من نفس القانون "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى:

١- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى نزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية.

٢- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم يرفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

٢٤٦ - تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام:

وواضح من نص المادة ٢٩ سالفة الذكر أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا هو اختصاص عن طريق الدفع الفرعى، كما أن التنظيم الذى أتى به المشرع بالنسبة لاختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستورية القوانين وان كان يبيح للمحاكم التى تنظر الدعوى الأصلية أن توقف الفصل فيها من تلقاء نفسها لمعرفة الحكم بالنسبة للقانون الذى سيطبق على النزاع. إلا أن الدفع بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لا يتعلق بالنظام العام ولا يجوز إثارته فى كافة درجات التقاضى إلا بضوابط إذ لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كان قد سبق التمسك به أمام محكمة الموضوع. يدل على ذلك أن القانون فى المادة المشار إليها لم يجعل بحث دستورية القوانين متروكة إثارته لرغبة الأفراد دون ضوابط، إذ انهم إذا لم يرفعوا الدعوى أمام المحكمة الدستورية فى الميعاد الذى حددته لهم المحكمة التى رفعت أمامها

الدعوى الأصلية، سقط الحق بعد ذلك فى بحث دستورية القانون.

وقد أخذت بهذا الاتجاه محكمة النقض المصرية، واطردت أحكامها على ذلك إذ قضت فى حكم لها، [1] "إن النص فى المادة ٢٩ من القانون ٤٨ سنة ١٩٧٩ على أن (تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى

(أ) .... (ب) ....

مفاده أن الدفع بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة غير متعلق بالنظام العام ؛ ومن ثم فلا يجوز لصاحب الشان إثارته أمام محكمة النقض ما لم يكن قد أبداه أمام محكمة الموضوع ......"

وفى حكم آخر لها، [2] "يبين من هذا النص انه يتسق مع القاعدة المقررة فى المادة ١٦ من القانون رقم ٤٦ سنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية المعدل، ومفادها أن محكمة الموضوع وحدها هى الجهة المختصة بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، وان الأمر بوقف الدعوى المنظورة وتحديد ميعاد لرفع الدعوى بعدم الدستورية جوازى لها ومتروك لمطلق تقديرها، وهو المعنى الذى كان يؤكده القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا، والقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمامها قبل إلغائها بالقانون رقم ٤٨ لسنة , ١٩٧٩ لما كان ذلك وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة - فى حدود سلطتها التقديرية - رأت عدم جدية الدفع بعدم الدستورية، فإنه لا تثريب عليها إن هى استمرت فى نظر الدعوى

١- نقض جنائى جلسة ٢ مارس ١٩٩٢ ط رقم ١٨٥٠٤ لسنة ٦٠ ق س ٤٣ ق ٣٤ ص ٢٧٠ .

٢- نقض جنائى جلسة ٢ أبريل ١٩٩٢ ط رقم ١٩٩٣٤ لسنة ٦٠ ق س ٤٣ ق ٥٢ ص ٣٥٩ ، جلسة ١٣ أبريل ١٩٩٢ ط رقم ٢٠١١٨ لسنة ٦٠ ق غير منشور، ١٧ سبتمبر ١٩٩٢ ط. رقم ٢٢٤٦٣ لسنة ٦٠ ق غير منشور، نقض جنائى جلسة ١٧ مارس ١٩٩٨ ط. رقم ٢٨٩٧٢ لسنة ٥٩ ق لم ينشر بعد ومشار إليه بالمستحدث من المبادئ التى قررتها محكمة النقض فى المواد الجنائية الصادر عام ١٩٩٩.

المطروحة عليها دون أن تمنح مبديه أجلا لرفع الدعوى بعدم الدستورية". على انه إذا كان تقدير جدية الدفع بالدستورية من حق محكمة الموضوع، إلا أنه إذا تمسك المتهم بالدفع بعدم دستورية نص مادة كالمادة ١/٢١٠ إجراءات جنائية مثلا وبعدم جواز الطعن على سند من المادة المذكورة كان على المحكمة أن تعرض لهذا الدفع وتقول كلمتها فيه، فان هى لم تفعل ولم تعرض فى أسبابها للدفع بعدم الدستورية وتقول رأيها فى شأن جديته ؛ فان حكمها يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع مما يبطله.[١]

ويتضح من حكم النقض السابق أن تقدير جدية الدفع بعدم دستورية القانون أو اللائحة يخضع لسلطة محكمة الموضوع، فإن هى ارتأت جديته، وضرورة حسم النزاع بشأن الدستورية قبل الحكم أجلت نظرها، وحددت أجلا لصاحب الدفع ليرفع الدعوى خلاله أمام المحكمة الدستورية العليا. وان هى قدرت عدم جديته التفتت عنه، ومضت فى نظر الدعوى، بشرط أن تعرض للدفع وتقول كلمتها فيه، وآلا كان حكمها معيبا بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع.

ولقد ذهب جانب من الفقه[٢] فى تفسير نص المادة ٢٩ سالفة الذكر أنه: أمام عموميته فان الدفع بعدم الدستورية يعتبر من الدفوع التى يجوز إبداؤها و التمسك بها فى أية حالة تكون عليها الدعوى. لأن النص لم يتضمن تحديدا لدرجات المحاكم التى تستطيع أن تقرر إحالة ما يثور أمامها من مسائل دستورية أمام المحكمة الدستورية ؛ وإنما ورد النص عاما ومطلقا، ومن ثم فهو يتعلق بالنظام العام ويجوز التمسك به - كما سلف القول - أمام جميع درجات التقاضى. وسندهم فى ذلك حكم المحكمة الدستورية الصادر فى القضية ٢٣ لسنة ١٤ ق جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ السالف الإشارة إليه.[٣]

١- نقض جنائى جلسة ١٧ مارس ١٩٩٨ ط رقم ٢٨٩٧٢ سالف الإشارة إليه.
٢- د. رمزى الشاعر: النظم السياسية والقانون الدستورى جزء رقم ٣ ط ١٩٧٨ ص ٢٠٠ حتى ٢٠٤، المستشار محمد وليد الجارحى: "النقض المدنى" سالف الإشارة إليه ص ٦٦ .
٣- انظر فى ذلك بند رقم ٢٤٤ من البحث.

غير أن هذا الاتجاه - أيا كانت أسانيده ودوافعه - لا يصمد للنقد إزاء الاعتبارات العملية خصوصا فيما يتعلق بالدعاوى الجنائية، وهى بطبيعتها اشد خطورة من غيرها، لأنها تمس مساسا مباشرا حريات المواطنين، وتهدد - دون غيرها - حياتهم ومستقبلهم واعتبارهم فى المجتمع. ولذا فمن المسلم به منذ القدم أنها دعاوى عاجلة بطبيعتها لا تحتمل أبدا البطء فى الإجراءات وما يتطلبه من تعليق مراكز المتهمين لآماد طويلة، كما قد يحدث فى الدعاوى المطروحة على جهات التقاضى الأخرى. ورغم ذلك لم تعتبر محكمة النقض الدفع متعلقا بالنظام العام التزاما بالتفسير المنطقى للنص، وما سبقه من نصوص فى القوانين السابقة عليه، كما سلف القول.

٢٤٧- الموقف فى فرنسا:[١]

وتوضيحا لهذه الاعتبارات نجد فى فرنسا مثلا مع وجود مجلس دستورى **Conseil Constitutionnel** له سلطة الرقابة على دستورية القوانين قبل صدورها ؛ فان السائد فقها وقضاء هناك هو القول بان للمحاكم الجنائية بوجه خاص حق الرقابة على دستورية النصوص القانونية أو الإدارية، وهى رقابة لها صيغة محددة وهى مجرد إهدار النص المطلوب تطبيقه أو الامتناع عن تطبيقه ، وليست رقابة الإلغاء كتلك التى يملكها هذا المجلس الدستورى وحده.

وحتى مع وجود مجلس للدولة هناك له رقابة الإلغاء على المراسيم واللوائح والقرارات الإدارية، فان قاعدة التزام المحكمة الجنائية بوقف الدعوى عند الدفع بعدم شرعية هذه أو تلك تجد مقاومة واضحة من أحكام القضاء. ولذلك يميل هذا القضاء إلى التخفيف من حالات الإيقاف والحد منها لعدم عرقلة السير فى الدعوى، ودرءاً لتعليق مركز المتهمين فيها.

١- د. رءوف عبيد: الرقابة على الدستورية والشرعية ط ١٩٧٩ - دار الفكر العربى ص ٢٤ .

ونجد محكمة النقض الفرنسية[1] فى أحكام عديدة تقضى بان محكمة الموضوع غير مطالبة بالإيقاف. وأن لأية محكمة أن تمتنع من تلقاء نفسها عن توقيع عقوبة واردة فى أمر إدارى إذا كان غير مستكمل شروطه الشكلية المطلوبة.[2] حتى ولو كان هذا الأمر عبارة عن لائحة أو عن مرسوم بقانون. بما يؤكد أنها الأخرى لم تعتبر هذا الدفع متعلق بالنظام العام.

٢٤٨- الحكم الصادر فى الدفع بعدم الدستورية:

غير أنه إذا كان الدفع بعدم الدستورية لا يتعلق بالنظام العام فان الحكم الصادر فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزم لجميع سلطات الدولة وللكافة (فلقد جاء النص فى المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩, على أن أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة) وهو نص واضح صريح يطلق القوة الملزمة لعموم الأحكام القطعية الموضوعية التى تصدرها المحكمة الدستورية طالما كان الحكم صادرا فى إحدى الدعاوى الدستورية. أى أن المشرع أورد فى هذه المسألة شرطا وحيدا ثم أطلق وعمم بعد ذلك. أما الشرط فهو وجوب أن يكون الحكم القطعى صادرا من موضوع دعوى من الدعاوى الدستورية طبقا لتكييفها تبعا للمطلوب فيها، ومتى تحقق هذا الشرط قام الأثر الإلزامى مطلقا من أى قيد لعموم ما تقضى به المحكمة فى الدعوى دون تخصيص هذا الأثر لنوع معين من الأحكام دون غيره.[3]

وعلى الرغم من وضوح نص المادة المشار إليه فلقد ذهبت محكمة النقض فى حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية بالمحكمة الصادر فى ١٣ أبريل عام ١٩٩٧ فى الطعن رقم ١١٨٣٨ لسنة ٦٠ ق مذهبا مخالفا لهذا التفسير ويحد

١- Cass Crim 12 Janv1939 Dalloz. Paris 1939 p. 166.

٢- Cass Crim 5/5/1934 Dalloz. Paris 1934 p.409.

٣- المستشار/ عزت حنورة. مقال فى مجلة القضاة "حول القوة الملزمة لأحكام المحكمة الدستورية" السنة ٢٩ العدد الأول ص ١٣٥ .

من نطاق تطبيقه بقولها "أن الحجية المطلقة قبل الكافة للأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية والتى تلتزم بها جميع سلطات الدولة هى - فحسب - للأحكام التى انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعى المطعون فيه أو إلى دستوريته" فحدد الحكم بذلك نوعين من الأحكام "فحسب" دون سائر الأحكام خلافا لمطلق نص المادة ٤٩ .

ويرى البعض[١] أن هذا الحكم قد قيد بغير مقيد وخصص عموم النص بطريق القصر بدون نص، فانشأ بذلك أمرا مغايرا لم يقل به المشرع. وحاول الاستهداء بالحكمة والقصد من النص رغم عدم غموضه أو اللبس فى عباراته وهو مالا يجيز الخروج على مطلق النص بحجة تفسيره. ونحن نؤيد هذا الرأى ونتفق معه فى كل ما جاء به لما فى هذا التعارض مع نص قانون إنشاء المحكمة الدستورية من لبس قد يؤدى إلى إيقاع الحرج بالمحاكم الجنائية أثناء تطبيقه بسبب أن لمحكمة النقض مكانة رفيعة تضفى على أحكامها هالة من التقدير والاحترام. ولو أنها ليست ملزمة إلا للمحكمة المحالة إليها القضية المنقوض حكمها بالنسبة للمسألة القانونية التى فصلت فيها محكمة النقض فى ذات القضية، فلم يلزم القانون محاكم الموضوع باتباع أحكام محكمة النقض لكى لا تتجمد الأفكار ؛ فقد تؤدى مخالفة محكمة الموضوع لقاعدة سبقت إلى عدول محكمة النقض عنها تمشيا مع تطور المجتمع، أو ما يكشف عنه العمل من عدم ملاءمة تلك القاعدة. وإنما الزمها بتطبيق نص المادة ٤٩ من قانون إنشاء المحكمة الدستورية باعتبار أن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية فى الدفع ملزم لكافة سلطات الدولة فيما فصل فيه. وهو بهذه المثابة حكم من النظام العام .

وفى النهاية تجدر الإشارة إلى أن الدفع بعدم دستورية نص تجريمى، هو دفع ذو "طابع فرعى". استنادا إلى ما ورد بنص المادة ٢/٢٩ من قانون إنشاء المحكمة الدستورية من أن المحكمة التى دفع أمامها بعدم الدستورية أن رأت

١- المقال السابق ص ١٣٨ .

جديته فإنها توقف نظر الدعوى وترجىء الفصل فيها حتى تفصل المحكمة الدستورية فى هذا الدفع، وطالما كان الأمر كذلك، والتزاما بالمعيار الذى قلنا به فى التفرقة بين الطبيعة الإجرائية للدفع وما إن كان ذو طابع أولى أو فرعى، بحسب تطبيق المحكمة لمبدأ "قاضى الدعوى قاضى الدفع" أو الابتعاد عنه، فإن قاضى الدعوى فى خصوص هذا الدفع لا يملك الفصل فيه - إن رأى جديته - وإنما يتوقف الفصل فى الدعوى على ما تقضى به المحكمة الدستورية فى هذا الخصوص. ومن ثم كان الدفع فى هذه الحالة ذا طابع فرعى، على اعتبار أن قاضى الدعوى لا يفصل فى هذا الدفع على ما سلف الإشارة.

المطلب الثالث
الدفع بالقانون الأصلح

٢٤٩- تمهيد:

هناك أنواع أخرى من الدفوع يمكن أن يبديها المتهم أو أى من أطراف الخصومة الجنائية ممن تتوافر لهم المصلحة فى ذلك. ويترتب عليها - فيما لو صحت - تقويض الركن الشرعى للجريمة، وانتفائه ؛ من هذه الدفوع "الدفع بان القانون أصلح للمتهم، ومن المقرر فى قضاء محكمة النقض أن مجال إعمال الدفع بالقانون الأصلح هو القواعد الموضوعية لا الإجرائية".[١] ومن ثم فان عرضه مع الدفوع الموضوعية فى هذا الموضع من الدراسة هو ما يتفق مع طبيعته باعتبار انه فى حالة صحته يترتب عليه انتفاء الركن الشرعى للجريمة.

٢٥٠- الدفع بالقانون الأصلح:

والدفع بان القانون أصلح للمتهم مستمد من نص المادة الخامسة من قانون العقوبات وهو خروج على قاعدة عدم رجعية القوانين واستثناء منه ؛ لأنه يعنى أن النصوص الأصلح للمتهم ذات اثر رجعى، ومفاد ذلك أن النص الأصلح يطبق على الأفعال التى ارتكبت قبل صدوره، ويعنى ذلك استبعاد النص الذى

١- نقض جنائى جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٤ س ٤٥ ق ١٤٨ ص ٩٥٥ .

كان معمولا به وقت ارتكاب الجريمة، واستفادة المتهم من النص الأصلح له وتغدو القاعدة الواردة بهذا الدفع مقتصرة على النصوص التى تسئ إلى المتهم، وهى التى تجرم فعلا كان مباحا أو تغلظ عقاب فعل كان معاقبا عليه من قبل. وتتعلق تطبيقات هذا الدفع بالتعديل الذى يدخله القانون الجديد على أركان الجريمة وكذلك بالتعديل الذى يدخله القانون الجديد على العقوبة. فإذا حذف القانون الجديد نص التجريم فاصبح الفعل مشروعا فهو دون شك أصلح من القانون القديم ؛ وان أضاف القانون الجديد سبب إباحة أو مانع عقاب يستفيد منه المتهم فهو كذلك اصلح من القانون القديم.[1] وإذا أضاف القانون الجديد ركنا إلى الجريمة فهو اصلح للمتهم إذا توافرت بنشاطه أركان الجريمة كما يحددها القانون القديم، ولكن لم يتوافر به الركن الذى أضافه القانون الجديد، إذ يترتب على تطبيق هذا الأخير أن يبرأ المتهم باعتبار أن جريمته لم تتوافر لها جميع أركانها، مثال ذلك أن يضيف القانون الجديد إلى أركان الجريمة "ركن الاعتياد" فيترتب على تطبيقه براءة من أتى الفعل المعاقب عليه طبقا للقانون القديم ولكن لم يتوافر له الاعتياد عليه الذى أصبح – طبقا للقانون الجديد – ركنا فى الجريمة، وإذا ظل الفعل معاقباً عليه طبقا للقانون الجديد، ولكن بعقاب أخف، فهو دون شك اصلح للمتهم من القانون القديم.[2]

٢٥١– المقارنة بين العقوبة المقررة فى القانون القديم والعقوبة المنصوص عليها فى القانون الجديد تجرى وفقا للقواعد التالية:

أ) عقوبات الجنايات اشد من عقوبات الجنح وعقوبات الجنح اشد من عقوبات المخالفات.

١– نقض جنائى جلسة ١٠ فبراير ١٩٥٨ س ٩ رقم ٤٤ ص ١٥٤، ١ ديسمبر ١٩٥٩ س ١٠ رقم ١٩٧ ص ٩٤٦ جلسة ٥ أبريل ١٩٩٤ س ٤٥ ق ٧٤ ص ٤٦٧ .
٢– نقض جنائى جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٥١ س ٢ ص ٢٢٣ .

ب) عند المقارنة بين عقوبات جرائم من نوع واحد يلاحظ أنها متدرجة فى الشدة وفقا للترتيب الذى وضعه القانون: فالإعدام اشد العقوبات وتليه الأشغال الشاقة المؤبدة فالأشغال الشاقة المؤقتة فالسجن فالحبس فالغرامة (مادتان ١٠، ١١ من قانون العقوبات). ويؤخذ بهذا الترتيب بصرف النظر عن المدة المحددة لكل عقوبة.[١]

ج) إذا اتحدت العقوبة فى القانونين فأصلحهما هو الذى يقرر لها مدة اقل فإذا هبط القانون الجديد بالحد الأقصى أو هبط بالحد الأدنى أو هبط بهما معا فهو أصلح من القانون السابق[٢]

د) إذا كان أحد القانونين يقرر عقوبتين على سبيل الوجوب فى حين يقرر الثانى أحد هاتين العقوبتين فقط فهو أصلحهما. فالقانون الذى يقرر الحبس وحده أو الغرامة وحدها اصلح من القانون الذى يقرر الحبس والغرامة معا.

هـ) إذا كانت المقارنة بين قانونين يقرر كل منهما نفس العقوبة ويحدد لها عين المدة فأشدهما هو الذى يلحق بها عقوبات تبعية أو تكميلية لم يكن ينص عليها الأخر أو يخضعهما لأحكام اشد مما كان يقرره القانون الأخر. فإذا نص القانونان على الحبس الذى لا تزيد مدته على سنة فالقانون الذى يضيف إلى الحبس المصادرة أو يحظر على القاضى إيقاف التنفيذ هو اشد القانونين.

٢٥٢- الشروط الموضوعية لانطباق الدفع بالقانون الأصلح:

ويشترط لانطباق أحكام هذا الدفع على النحو المشار إليه صدور القانون الأصلح قبل صدور حكم بات ,وهو الحكم الذى لا يقبل طعنا بطريق عادى أو غير عادى فيما عدا التماس إعادة النظر ويعنى ذلك انه حكم لا يقبل طعنا بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض.[١] ولم يجعل الشارع الشرط الذى يتطلبه

١- نقض جنائى جلسة ١٧ مارس ١٩٥٨ س ٩ ق ٧٨ ص ٢٨٥ .
٢- ٢٩ يناير ١٩٥١ س ٢ ق ٢٠٩ ص ٥٥٣ .

لتطبيق هذا الاستثناء عاما، بل تجاوز عنه إذا كان القانون الاصلح للمتهم يجعل الفعل غير معاقب عليه فقرر استفادة المتهم من ذلك القانون ولو صدر بعد الحكم البات. وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة على أنه "إذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من اجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية".

٢٥٣- صلة الدفع بالقانون الأصلح بالنظام العام:

يثور التساؤل عن مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام؟ فمع انه من الدفوع الموضوعية والتى يجمع بينها جميعا أنها تتعلق بموضوع الدعوى ولا تتعلق بالنظام العام بما يرتبه ذلك من آثار. إلا أن المشرع فى المادة ٢/٣٥ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ المعدل والخاص بالطعن بالنقض خرج على هذه القاعدة وجعل الدفع "بصدور قانون اصلح يسرى على واقعة الدعوى" تطبيقا للمادة الخامسة من قانون العقوبات لتعلقه بالنظام العام. وكان رائد المشرع فى ذلك أن محكمة النقض بوصفها محكمة قانون يجب أن تثير من تلقاء نفسها دفعا يتعلق بالنظام العام حتى يمكنها توحيد كلمة القانون وعلاج الصور التى تجافى العدالة. وقد حدد القانون على سبيل الحصر هذه الدفوع أو الأسباب المتعلقة بالنظام العام فيما يلى:

١) الخطأ فى القانون بالمعنى الضيق.

٢) البطلان بسبب الخطأ فى تشكيل المحكمة أو عدم ولاية الفصل فى الدعوى.

٣) صدور قانون اصلح يسرى على واقعة الدعوى (مادة ٢/٣٥).

١- د. السعيد مصطفى السعيد: القسم العام المرجع السابق ص ١١٦، د. محمود محمود مصطفى: القسم العام المرجع السابق ص ٤١ وما بعدها، د. نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات القسم العام ص ١١٧ بند رقم ٩٧ . نقض جلسة ١٥ يونيه ١٩٩٤ س٤٥ ق ١١٨ ص ٧٥٦ .

على ألا يقتضى الحكم بهذه الأسباب المشار إليها تحقيقا موضوعيا وان يكون لمصلحة المتهم.[1] وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "لما كان القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ بتعديل بعض أحكام قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ قد صدر بتاريخ أول أغسطس عام ١٩٨٣ بعد الحكم المطعون فيه واستبدل المادتين ١٥٠، ١٥٤ على التوالى بالمادتين ٧١ مكرر، ١٠٦ مكررا من قانون الزراعة ونص فى الفقرة الرابعة من المادة ١٥٤ على عدم جواز الحكم بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة، ومن ثم فان هذا القانون الجديد يعد قانونا اصلح للمتهم إذ قصر حظر وقف تنفيذ العقوبة المقضى بها – وفقا لأحكامه – على عقوبة الغرامة وحدها بما يجوز معه الحكم بوقف تنفيذ عقوبة الحبس، وهو ما لم يكن جائزا فى القانون القديم. وإذ كانت الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ تخول محكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا صدر – بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه بحكم بات – قانون اصلح للمتهم. ولما كان تقدير مسوغات الحكم بوقف تنفيذ العقوبة من الأمور الموضوعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع. فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه والإحالة كى تتاح للطاعن فرصة محاكمته من جديد على ضوء أحكام القانون الأصلح ١١٦ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه".[2]

٢٥٤- الخلاف الوارد فى تطبيقات محكمة النقض حول الدفع بالقانون الأصلح:

تجدر الإشارة إلى انه عقب صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقد

١- د. احمد فتحى سرور: "النقض فى المواد الجنائية" ط ١٩٨٨ دار النهضة العربية ص ٢٩٢ وما بعدها بند ٢٠٢ .

٢- نقض جنائى جلسة ٢ مارس ١٩٨٦ س٣٧ ص٣٢٢، ٥ مايو ١٩٨٥ س٣٦ ص٦٠٧، ٢٨ مارس ١٩٩٣ ط رقم ٨٠٨٣ لسنة ٦١ ق س٤٤ ق٤١ ص٣٠٨، ١ أكتوبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٣١ ص ٩٢١، ٢١ ديسمبر ١٩٩٤ س٤٥ ق ١٨٩ ص١٢١٤ .

صدرت عدة أحكام عن بعض الدوائر الجنائية بمحكمة النقض، وكان لكل منها منحى فى مدى اعتبار نصوص هذا القانون اصلح للمتهم فى شأن العقوبة عن تلك المنصوص عليها فى المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات مما أدى إلى تضاربها.

فقد ذهب إحداها إلى "أن المادة ٤٧٥ من قانون التجارة الجديد نزعت صفة الشيك عن الصك المحرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه، وبذلك يكون القانون الجديد قد اخرج فعل إعطاء مثل هذا الصك - بدون رصيد - عن دائرة التجريم ؛ ومن ثم فهو اصلح للمتهم من القانون الذى كان يجرم هذا الفعل، وان ما تضمنه نص المادة الثالثة من مواد إصدار القانون المشار إليه - من اعتداد بهذا الصك ومثله من الصكوك التى لم تستوف الشروط المنصوص عليها بالمادة ٤٧٣ من قانون التجارة الجديد - لا يصح أن يعطل تطبيق قاعدة سريان القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعى ؛ إذ أنها ترتكز على دعامة دستورية لا يملك المشرع العادى مخالفتها".[1]

بينما ذهب حكم أخر إلى "أن قاعدة القانون الأصلح هذه من وضع المشرع العادى وله أن يرسم حدود تطبيقها أو أن يعطله لمصلحة يقدرها. وأن نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة الجديد، وقد جعل لسريان المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات مدى من الزمان ممتدا حتى أول أكتوبر عام ٢٠٠٠ ؛ فقد عطل بذلك تطبيق قاعدة القانون الأصلح على جريمة إعطاء شيك لا يقابله رصيد بحيث تنطبق المادة ٣٣٧ المشار إليها سواء فى التجريم أو العقوبة"، [2] فى حين بنيت أحكام أخرى على أن القانون الجديد وان ابقى على التجريم إلا أنه فى شأن العقوبة عن الجريمة المشار إليها انشأ للمتهم مركزا قانونيا أصلح عما نصت عليه المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات

١- نقض جنائى جلسة ٩ يونية ١٩٩٩ ط رقم ٧٣٦٠ لسنة ٦٣ ق لم ينشر بعد.
٢- نقض جنائى جلسة ١٤ يوليو ١٩٩٩ ط رقم ٣٣٠٥ لسنة ٦٤ ق لم ينشر بعد.

حين أجاز الحكم على مرتكبها بعقوبة الغرامة وحدها ؛ بعد أن كان معاقبا عليها بالحبس وجوبا، كما رتب على الصلح بين المجنى عليه والمتهم انقضاء الدعوى الجنائية مما يتعين معه تطبيق أحكامه فى هذا الصدد إعمالا للفقرة الثانية من المادة الخامسة".[1]

وإزاء ذلك التضارب فقد حسمت الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض الخلاف حول مدى اعتبار نصوص قانون التجارة الجديد اصلح للمتهم حينما أوردت بمدونات حكمها "انه لا مجال لاعتبار ما نصت عليه المواد ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، من قانون التجارة الجديد فى شأن تحديد شكل الشيك وبياناته من قبيل القانون الأصلح للمتهم إذ يكتمل حكمها بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة من ذات القانون من انه تطبق على الشيك الصادر قبل تاريخ صدور هذا القانون الأحكام القانونية المعمول بها فى تاريخ إصداره إذا كان ثابت التاريخ أو اثبت تاريخه قبل أول أكتوبر عام ٢٠٠٠، بما مفاده أن إعطاء الشيك على النحو المشار إليه سلفا - دون أن يكون له رصيد قائم وقابل للسحب - يشكل فعلا مجرما حتى التاريخ المحدد بالقانون وهو أول أكتوبر عام ٢٠٠٠، وانتهت من ذلك إلى العدول عن المبدأ الذى قرره الحكم الصادر فى الطعن رقم ٧٣٦٠ لسنة ٦٣ ق والذى اعتبر أن الشيك غير المحرر على نماذج البنك تزول عنه صفة الشيك ومن ثم يعتبر قانون أصلح للمتهم.

غير أن الهيئة ذهبت إلى عكس ذلك بالنسبة للفقرة الثانية من المادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة التى نصت على إلغاء نص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات وأجازت العقاب بالغرامة فقط دون الحبس وكذلك بانقضاء الدعوى الجنائية بصلح المجنى عليه مع المتهم باعتبار هذا وذاك اصلح للمتهم من تاريخ صدور القانون فى أول أكتوبر عام ١٩٩٩ عدا النصوص المتعلقة

١- نقض جنائى جلسة ٣ يونيو ١٩٩٩ ط رقم ١٢٢٩٩ لسنة ٦٤ ق لم ينشر بعد جلسة ٣ يونيو١٩٩٩ ط رقم ١٤٦٧٠ لسنة ٦٤ ق لم ينشر بعد.

بشكل الشيك فيؤجل العمل بها حتى أول أكتوبر عام ٢٠٠٠ وبررت ذلك بأن القانون الجنائى يحكم ما يقع فى ظله من جرائم إلى أن تزول عنه القوة الملزمة بقانون لاحق ينسخ أحكامه وان المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات تكون واجبة التطبيق على الوقائع التى تحدث حتى زوال القوة الملزمة منها إلا فيما نصت عليه المادة ٥٣٤ من قانون التجارة من جواز توقيع عقوبة الغرامة على الجانى خلافا لما نصت عليه المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات من وجوب توقيع عقوبة الحبس. وكذلك فيما نصت عليه من انقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح بحسبان أن كلا الأمرين ينشئ مركزا قانونيا اصلح للمتهم ومن ثم تعد فى هذا الصدد قانونا اصلح للمتهم يطبق من تاريخ صدورها طبقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات، وانتهت من ذلك إلى العدول عن الحكم الصادر فى الطعن رقم ٣٣٥ لسنة ٦٤ ق فيما أورده فى شأن وجوب توقيع عقوبة الحبس على خلاف هذا النظر.[١]

وهذا الرأى والذى انتهت إليه المحكمة منعقدة بهيئتها العامة وان اقتضته الضرورات العملية والحفاظ على استقرار المعاملات التجارية التى تمت قبل صدور قانون التجارة الجديد إلا انه قد أتى بنتيجة خاطئة قد تؤدى إلى زيادة الأمور تعقيدا بدلا من إيجاد حل لهذه المشكلة ذلك أن استمرار المعاقبة بالمادة ٣٣٧ بالنسبة للشيكات التى لم تتوافر فيها الشروط الشكلية الواردة بقانون التجارة الجديد واغلبها شيكات آجلة إلى ما قبل أول أكتوبر عام ٢٠٠٠ مؤداه الاعتداد بالتاريخ الوارد بالشيك أيا كان تاريخ إعطائه ومن ثم يستمر العقاب على الشيكات المذكور بها تواريخ سابقة على أول أكتوبر ٢٠٠٠ ؛ بينما لا عقاب على الشيكات من ذات النوع المعطاة قبل هذا التاريخ ولكنها ذوات تواريخ لاحقة على هذا التاريخ لأنها حسب هذه التواريخ تكون قد أفلتت من

١- حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية الصادر فى ١٠ يوليو عام ١٩٩٩ فى الطعن رقم ٩٠٩٨ لسنة ٦٤ق. منشور بمجموعة أحكام محكمة النقض فى المواد الجنائية س ٤٧ ص ٥ .

المادة ٣٣٧ عقوبات نظرا لإلغائها اعتبارا من أول أكتوبر عام ٢٠٠٠، ولأن المادة ٥٣٤ من قانون التجارة الجديد لا تعاقب على الصكوك التى لا تعتبرها شيكات لتخلف الشروط المشار إليها. وبذلك تكون أفعال متماثلة شكلا وموضوعا وتوقيتا لا يتساوى فاعلوها، فضلا عن المفارقة غير المبررة فى المواد المستحدثة فى قانون التجارة، فجعلت المحكمة المادة الخاصة بتعديل شكل الشيك لا تعتبر قانونا اصلح. بينما المادتان الخاصتان باستبدال عقوبة الحبس بالغرامة والتصالح فى جريمة الشيك تعتبران قانونا أصلح ؛ مع أن ذات المبررات التى سيقت فى اعتبار المادتين الأخيرتين قانونا اصلح يمكن حملها بالنسبة للمادة الأولى، فضلا عن أن الشكل الجديد للشيك الذى تطلبه القانون الجديد لاعتبار تحريره بدون رصيد جريمة يعد إضافة لركن جديد فى الجريمة أو شرطا مفترضا فيها لم يكن موجودا فى القانون القديم، بما يجعل القانون الجديد أصلح إذا توافرت بشأنه أركان الجريمة كما يحددها القانون القديم، ولكن لم يتوافر به الركن الذى أضافه القانون الجديد إذ يترتب على تطبيق هذا الأخير أن يبرأ المتهم باعتبار أن جريمته لم تتوافر لها جميع أركانها، وهو على هذا النحو يجعل الفعل المجرم فى القانون القديم فى حكم الفعل المباح الذى يوجب تطبيقه القانون الجديد حتى بعد صدور حكم بات فى الدعوى عملا بالفقرة الثالثة من المادة الخامسة سالف الإشارة إليها. فهل يمكن بعد لك اعتبار القانون الذى ينص على تعديل العقوبة باستبدال الغرامة – بدلا من الحبس والتصالح – أصلح ؛ بينما النص الأخر من ذات القانون الذى يترتب عليه براءة المتهم – على النحو المشار إليه – لا يعد اصلح لمجرد أرجاء تطبيق نص هذه المادة فى القانون الجديد لتاريخ لاحق، مع انه صدر بالفعل بالجريدة الرسمية ونص على العمل به بأكمله اعتبارا من أول أكتوبر ١٩٩٩ !! وكان يمكن تجنب هذا التضارب ابتداءً لو أرجئ صدور القانون لفترة انتقالية تعلن عنها السلطة التشريعية بأى وسيلة أخرى قبل إصداره على هذا النحو.[١]

١– انظر فى ذلك ما سلف ذكره بالبند ٢٥١، ٢٥٢ من هذا البحث.

وقد أيد جانب من الفقه هذا الاتجاه، ويرى أن الحكم المشار إليه مازال محل نظر.[1]

وأيا كان وجه الرأى فيما قالت به محكمة النقض فى شأن قانون التجارة، وما أن كان اصلح من عدمه، فلم يكن ذلك منها إلا بمقتضى السلطة المخولة لها بموجب نص المادة ٢/٣٥ من قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض السالف الإشارة إليه، على اعتبار أن الدفع بالقانون الأصلح - كما سبق القول - هو دفع متعلق بالنظام العام.

وللدفع بالقانون الأصلح طابع أولى، باعتبار أن المحكمة التى تنظر موضوع الدعوى هى التى تتولى الفصل فيه، تطبيقا لمبدأ "قاضى الدعوى قاضى الدفع".

١- المستشار عزت حنوره فى مقاله المنشور بمجلة القضاه السنة ٣٠. المشار إليها سلفا ص١٩ ومابعدها.

المبحث الثانى

الدفوع التى تهدف إلى تقويض البنيان القانونى للركن المادى فى الجريمة

٢٥٥- تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن للجريمة ركنان: ركن مادى، وركن معنوى. والدفوع التى نستعرضها فى هذا المبحث تتعلق بالركن المادى للجريمة، ويمكن تعريفها "بوسائل دفع المسئولية القائمة على الركن المادى"[١] وهذه الوسائل أو الأسباب المعدمة لهذا الجانب المادى إما أن تكون "عامة" أى تتصل بواقعة ارتكاب الركن المادى للجريمة، ومن أمثلة ذلك الدفع بانتفاء رابطة السببية، والدفع بالإكراه المادى والقوة القاهرة، والدفع بأن الواقعة لا تشكل جريمة أو لا تشكل شروع بالمعنى المتعارف عليه فى القانون ؛ ففى مثل هذه الحالات لا وجود للجريمة وتمتنع بالتالى المسئولية الجنائية لسبب مادى متصل بفكرة الارتكاب فى الجريمة التامة أو الشروع بحسب الأحوال. وإما أن تكون "نوعية" أى خاصة بظروف كل جريمة وعناصرها الخاصة المميزة والشروط المفترضة فيها وهى تدخل عندئذ فى نطاق"القانون الجنائى الخاص" أو ما يقال له القسم الخاص من قانون العقوبات، ومن ذلك مثلاً فى جريمة السرقة الدفع بانعدام توافر ركن الاختلاس للمنقول المملوك للغير، وفى جريمة النصب الدفع بعدم توافر الطرق الاحتيالية وفى جريمة التزوير الدفع بعدم توافر تغيير الحقيقة بإحدى الطرق التى نص عليها القانون، وفى جرائم الرشوة الدفع بانعدام الشرط المفترض فيها من حيث صفة الفاعل "وهل هو موظف عام من عدمه". ولا حاجة بنا

١- أ.د. عبد العظيم مرسى وزير: افترض الخطأ كأساس للمسئولية الجنائية. المرجع السابق ص ٧٢ ما بعدها.

لتفصيل كل هذه الدفوع والتى يترتب عليها إن صحت تقويض البنيان القانونى للجريمة فى ركنها المادى. لأن كل حالة من الحالات السابقة مبينة بالتفصيل فى القسم العام أو القسم الخاص من قانون العقوبات.

وإنما نقتصر فى هذا المبحث على تناول أهم الأسباب أو الوسائل التى يتم دفع المسئولية الجنائية فيها والقائمة على الركن المادى بالقدر اللازم لما تحتاجه هذه الدراسة لبيان الدفوع الموضوعية المستندة إلى نصوص قانون العقوبات وأثر توافرها من الناحية الإجرائية. ولسوف نتعرض فى البداية للدفع بانتفاء رابطة السببية، ثم للدفع بالمسألة الفرعية ولبعض أنواع الدفوع الأخرى التى تهدف فى جملتها إلى تقويض البنيان القانونى للركن المادى فى الجريمة. لذا رأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول فى الأول الدفع بانتفاء رابطة السببية وفى الثانى الدفع بالمسألة الفرعية.

المطلب الأول
الدفع بانتفاء رابطة السببية

٢٥٦- تمهيد:

الحديث عن الدفع بانتفاء رابطة السببية، يقتضى منا ابتداء توضيح أن علاقة السببية هى صلة بين الفعل والنتيجة الإجرائية. ودورها - فى المنطق - هو بيان ما كان للفعل من نصيب فى إحداث النتيجة أى بيان ما إذا كان سببا لها، ودور علاقة السببية فى القانون هو تقرير توافر أحد عناصر الركن المادى. أى القول بأن مرتكب الفعل يسأل بفعله عن النتيجة، إذا كان له فى إحداثها إسهام سببى يعتد به القانون - ويعنى ذلك - أنه بدون فعل غير مشروع ونتيجة إجرامية لا تتصور علاقة السببية، ولا يكون لها دور تؤديه ؛ وعلى هذا النحو فإن الفعل غير المشروع والنتيجة الإجرامية هما الفرضان اللذان لا تقوم بغيرهما علاقة السببية.[1]

٢٥٧- الخلاف الوارد فى الفقه حول اعتبار السببية عنصراً فى الركن المادى أم الركن المعنوى للجريمة:

ثار الخلاف فى الفقه حول بيان ما إن كانت السببية تنتمى إلى الركن المادى أم إلى الركن المعنوى.

١- د. نجيب حسنى: "علاقة السببية فى قانون العقوبات" ط ١٩٨٤ دار النهضة العربية ص ٢٩ وما بعدها - ولتفصيلات أكثر ذات المرجع ص٤٤ وما بعدها، "شرح قانون العقوبات - القسم العام ط ١٩٧٧ الطبعة الرابعة ص٢٨٨ وما بعدها". د. على راشد و د. يسر أنور "شرح النظريات العامة فى القانون الجنائى" ط ١٩٧٣ ص٢٨٥ وما بعدها.

فجانب من الفقه[1] يرى أن السببية تنتمى إلى الركن المادى للجريمة، ومن ثم كان هذا الركن هو سبيل علاقة السببية إلى القيام بدورها فى المسئولية الجنائية، وحجتهم فى ذلك أن علاقة السببية تربط بين الفعل والنتيجة الإجرامية، ولم يثر شك قط فى انتماء الفعل والنتيجة إلى الركن المادى ؛ ومن ثم فلا يجوز أن يثور شك فى أن الصلة التى تربط ما بين عنصرين للركن المادى تنتمى بالضرورة إلى هذا الركن كذلك.

أما الجانب الثانى من الفقه[2] فيرى أن هذا النظر المتقدم غير صحيح على إطلاقه وأن السببية تنتمى إلى الركن المعنوى فى الجريمة، لأن الحوادث قد تتسلسل تسلسلا طويلا بين النتيجة التى يعاقب عليها القانون، وبين عمل الجانى ؛ مما يدعو إلى الوقوف بمسئولية الجانى عند حد السلوك دون النتيجة، والضابط فى بيان هذا الحد الذى يتعين الوقوف عنده لا يمكن أن يستمد من طبيعة الارتباط المادى بين الحوادث، وإنما يستمد من الارتباط الذهنى الذى كان قائماً، أو الذى كان يجب أن يقوم بين الجانى عند العمل وبين النتيجة التى يُسأل عنها جنائياً ؛ بمعنى أن علاقة السببية تستند أيضاً إلى الركن المعنوى فى الجريمة غير أننا نرى أن الأخذ بالاتجاه الأول الذى سار عليه جمهور الفقه هو الأوفق لسلامة الأسس التى بنى عليها أسانيده، ولأن محكمة النقض المصرية قد أخذت بهذا الاتجاه واضطردت أحكامها عليه حينما قالت "من المقرر أن علاقة السببية فى المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ بالفعل الذى اقترفه الجانى وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا ما أثاره عمداً، أو خروجه فيما يرتكبه

١- د. نجيب حسنى: علاقة السببية فى قانون العقوبات - المرجع السابق ص٥٧ وما بعدها، د. محمود مصطفى: العقوبات القسم العام ط ١٩٥٥ ص١٩٢، د. على راشد و يسر أنور: القسم العام المرجع السابق ص٢٩٠، د. على بدوى: الحكام العامة فى القانون الجنائى ط ١٩٣٨ ص ٤٣١، د. مصطفى القللى: المسئولية الجنائية ط ١٩٤٨ مطبعة الياس نورى مصر ص٥٤ .

٢- د. السعيد مصطفى السعيد: "الأحكام العامة فى قانون العقوبات" ط١٩٥١ ص٤٢٨ وما بعدها.

بخطئه من دائرة التبصر بالعواقب العادية سلوكه والتصون من أن يلحق عمله ضرر بالغير".[1] وهو ما يتفق مع الرأى الذى استقر عليه الفقه الحديث وسبق تفصيله، غير أن جانباً من هذا الفقه الحديث[2] يرى أن المعيار الذى أخذت به محكمة النقض يتسم بالغموض، وأن محكمة النقض قد ترددت فى تأصيله والربط بين السببية وبين ركن بعينه من أركان الجريمة ؛ وأن ذلك يؤدى إلى الخلط بين ركنين من أركان الجريمة ؛ يختلفان فى طبيعتهما، ويتميز كل منهما - فى نظر القانون - باستقلاله وهذا الخلط يضفى بعض الغموض على النظرية العامة للجريمة، إذ يقتضى الوضوح والدقة فى التحليل أن يميز كل ركن بعناصره، وأن تحدد أحكامه فى ضوء من طبيعته وخصائصه.

غير أن المستقرئ لما تواترت عليه أحكام محكمة النقض المصرية فى هذا الشأن يجد أن وصف المحكمة لضابط رابطة السببية فى أحكامها بأنه "يرتبط من الناحية المعنوية بما كان يجب على المتسبب أن يتوقعه" لا يعد رجوعا عن الوصف السابق لها بأنها ذات طبيعة مادية، وترتبط بالركن المادى للجريمة، وإنما هو بيان لمعيار هذه العلاقة فى صورة فكرة معنوية ترتد أساساً للمعيار الذى تبناه القضاء المصرى وأخذ به من بين نظريات السببية وهو "نظرية تعادل الأسباب"، فكأن محكمة النقض بذلك قد أخذت بفكرة "استطاعة التوقع ووجوبه" باعتبارها عنصراً فى علاقة السببية كقيد يحد من نطاق المسئولية الجنائية ولا يناقض الطبيعة المادية لعلاقة السببية ؛ بل يدمج عنصر من الركن المعنوى فى الركن المادى، ويجعل الصدارة لهذا الركن الأخير فى الجريمة.

١- نقض جنائى جلسة ٢١ يناير ١٩٩٦ س٤٧ ق١٥ ص١٠٨، جلسة ١٠مايو ١٩٩٠ س٤١ ق١٢٣ ص ٧١٠، جلسة ١٧مايو ١٩٩٠ س ٤١ ق١٣٠ ص٧٤٩، ١٥ مايو ١٩٨٦ س ٣٧ ص٥٥٣، ١٢ أبريل ١٩٨١ س٣٢ ٣١٥، جلسة ٢١مارس ١٩٨٠ س٣١ ص٣٧٧، جلسة ٢٦ مارس ١٩٧٩ س٣٠ ق ٧٩ ص٣٨١، جلسة ٧ نوفمبر ١٩٧٧ س٢٨ ص٩٢١، جلسة ٨ نوفمبر ١٩٧٦ س ٢٧ ص٨٥٨، جلسة ٢٧ يناير ١٩٥٩ س١٠ ق٢٣ ص٩١ .

٢- د. نجيب حسنى: "السببية فى قانون العقوبات" المرجع السابق ص٣٠٨ وما بعدها.

وهو ذات المعيار الذى أخذ به القضاء الفرنسى ؛ لأنه يعتمد على ذات الفكرة وهى فكرة "استطاعه التوقع".[1]

ولا ينطوى هذا المعيار الذى يرجع إلى نظرية التعادل بين الأسباب على خطأ لأنه صالح للتطبيق، ولم يكشف الواقع العملى عن وجوه نقد موضوعية له، خاصة وقد أيده جانب الفقه الذى رفضه بعد ذلك مع تحفظه، بأن تطبيق محكمة النقض المصرية له يعد عدولاً عن خطتها فى رفض نظرية التعادل بين الأسباب.[2] ومن ثم نستطيع فى ضوء التحليل السابق لمعيار علاقة السببية فى قضاء محكمة النقض أن نؤصل هذا المعيار فيما يلى "تتوافر علاقة السببية بين فعل الجانى والنتيجة الإجرامية ؛ إذا ثبت أنه لولا الفعل ما حدثت النتيجة على النحو الذى حدثت به، وثبت بالإضافة إلى ذلك أنه كان فى استطاعة الجانى أن يتوقعها، وكان ذلك واجباً عليه".

٢٥٨- الآثار الإجرائية المترتبة على اعتبار رابطة السببية عنصراً فى الركن المادى للجريمة:

يترتب على اعتبار رابطة السببية عنصراً فى الركن المادى للجريمة الآثار الإجرائية التالية:

١- يجب أن يتضمن حكم الإدانة تقرير توافر تلك الرابطة، فإن أغفل ذلك كان قاصر التسبيب، ويترتب على هذه الأهمية لعلاقة السببية أنه إذا دفع المتهم بانتفاء هذه العلاقة بين فعله والنتيجة التى يراد تقرير مسئوليته عنها ؛ كان دفعه جوهرياً ويتعين على المحكمة أن ترد عليه قبولاً أو رفضاً. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لما كانت رابطة السببية تتطلب إسناد

١- Cass Crim, 19 juillet 1929, S.1932.Cass Crim, 4 novmbre 1971 Bull. No. 300.

٢- د. نجيب حسنى: المرجع السابق بند ٣٠١ ص٣١٢ .

النتيجة إلى خطأ الجانى ومساءلته عنها، طالما كانت تتفق والسير العادى للأمور، وكان خطأ الغير يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجانى، وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة، وكان الثابت من محضر جلسة المحاكمة أن المدافع عن الطاعنين قد آثار دفعا بانتفاء رابطة السببية مؤداه أن آلة ميكانيكية قد اصطدمت بحائط دورة فتحة الرى موضوع عقد المقاولة، مما أدى إلى انهياره وسقوطه فى البحر، وهو دفاع جوهرى لما يستهدفه من نفى عنصر أساسى من عناصر الجريمة، من شانه - لو صح - أن تندفع به التهمة ؛ فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يتفهم مرماه ويقسطه حقه بما ينحسم به أمره، ولم يعن بتحقيقه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه، بل اطرحه جملة دون أن يرد عليه بما ينفيه ؛ فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه.[1]

كما قضت المحكمة مؤكدة على وجوب التدليل على قيام رابطة السببية فى أسباب الحكم، وأن انتفاء ذلك يجعل أسباب الحكم قاصرة بما يؤدى إلى البطلان بقولها "إن الحكم إذا فاته أن يدلل على قيام رابطة السببية بين الخطأ فى ذاته ؛ والإصابات التى حدثت بالمجنى عليهم وأدت إلى وفاتهم استناداً إلى تقرير فنى، وكانت رابطة السببية ركن فى جريمة الإصابة الخطأ ؛ يستلزم أن يكون الخطأ متصلاً بالجرح أو القتل اتصال السبب بالمسبب، فإنه يكون معيباً بالقصور مما يوجب نقضه".[2]

٢- إن محكمة النقض لم تكتف بأى بيان فى الحكم للرد على الدفع بانتفاء رابطة السببية ؛ وإنما اشترطت أن يكون واضحاً مفصلاً، ومن ثم كافياً، وإذا كان التحقق من توافر علاقة السببية يستلزم بحثاً فنياً ويتطلب الرجوع إلى رأى أهل الخبرة فإنه يتعين أن يقدم الدليل الفنى المثبت لهذه العلاقة، وتطبيقا

١- نقض جنائى جلسة ١٩ يناير ١٩٩٣ س ٤٤ ق١١ ص ١٠٨ ، جلسة ٤ اكتوبر ١٩٩٥ س٤٦ ق ١٥٧ ص ١٠٨٠ .

٢- نقض جنائى جلسة ٨ ديسمبر ١٩٧٥س٢٦ ق١٨٢ ص٨٢٩، جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٩٤ س٤٥ ق١٨١ ص١١٤٧ .

لذلك قضت المحكمة بأنه "لما كان المقرر أن رابطة السببية ركن فى جريمة الإصابة الخطأ تستلزم أن يكون الخطأ متصلاً بالجرح أو القتل اتصال السبب بالمسبب، بحيث لا يتصور وقوع الجرح أو القتل الخطأ ؛ مما يتعين إثبات توافره بالاستناد إلى دليل فنى لكونه من الأمور الفنية البحتة ؛ ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يلتزم هذا النظر يكون قاصر البيان فى استظهار رابطة السببية بين الخطأ والضرر".[١]

٣- على العكس مما تقدم اعتبرت محكمة النقض قضاء محكمة الموضوع مسببا تسبيبا كافيا فى شأن الرد على الدفع بانتفاء رابطة السببية بشرط أن تكون الأسباب التى ساقها فى الرد على الدفع سائغة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن المجنى عليه أصيب فى رأسه بإصابتين وان الطاعن هو المحدث لهما، ثم أشار إلى نتيجة تقرير الصفة التشريحية فى أن الوفاة تعزى إلى هاتين الإصابتين ؛ فإنه يكون قد أثبت بما فيه الكفاية العناصر التى تستقيم بها علاقة السببية بين فعله والنتيجة التى حدثت، ومن ثم فلا محل لما يزعمه الطاعن من قصور الحكم فى هذا الخصوص".[٢]

٤- ثار التساؤل عما إذا كانت علاقة السببية مسألة واقع أم مسألة قانونية، وترجع الأهمية فى هذا التساؤل إلى تحديد ما إذا كان قاضى الموضوع - فى شأن علاقة السببية - يخضع لرقابة محكمة النقض باعتباره فصل فى مسألة قانونية ؛ أم أنه لا يخضع لهذه الرقابة باعتبار قضائه فصلاً فى وقائع.

أجابت على ذلك محكمة النقض فى أحد أحكامها بقولها "من المقرر أن رابطة السببية - كركن من أركان هذه الجريمة - تتطلب إسناد النتيجة إلى

١- نقض جنائى جلسة ٢٢ أكتوبر ١٩٩٢ س٤٣ ق١٣٨ ص٩٠٧، جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٩٤ س٤٥ ق١٨١ ص١١٤٧ سالف الإشارة إليه.

٢- نقض جنائى جلسة ١٧ مايو ١٩٩٠ س٤١ ق١٣٠ ص٧٤٩

خطأ الجانى ومساءلته عنها طالما كانت تتفق والسير العادى للأمور، وإذ دفع الطاعن بانقطاع رابطة السببية، وهو دفاع جوهرى يترتب على ثبوته انتفاء مسئولية الطاعن الجنائية، وكان الحكم لم يعن بالرد على الدفع أو يبين كيفية حصول الواقعة بيانا كافيا يمكن محكمة النقض من أعمال رقابتها على تطبيق القانون تطبيقا صحيحا على واقعة الدعوى ؛ فانه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون".(١)

ويعنى ذلك أنها اعتبرت الفصل فى السببية فصلا فى مسألة قانونية، ومحكمة النقض على صواب فيما ذهبت إليه، فالقول بتوافر علاقة السببية بين فعل ونتيجة هو قول بتوافر الركن المادى لجريمة معينة، وينطوى ذلك على تفسير لنص القانون الخاص بهذه الجريمة بحيث يطبق على الوضع الواقعى الذى تحقق بالارتباط السببى بين الفعل والنتيجة. ويعنى ذلك - فى عبارة أخرى - أن تقرير قاضى الموضوع توافر علاقة السببية هو قول بتوافر أحد شروط المسئولية الجنائية الناشئة وفقاً لنص معين.

وهو ما يفترض تفسير هذا النص، ويؤكد ذلك الطابع القانونى للفصل فى علاقة السببية، ومؤدى ذلك أن لمحكمة النقض أن تتبنى معياراً معينا لعلاقة السببية وتراقب التزام قاضى الموضوع به : فإذا خرج عليه فى قضائه ردته إليه وأصلحت النتائج التى خلص إليها. ولكن إثبات الوقائع التى تقوم بها علاقة السببية - أى تحديد الآثار المباشرة للفعل وبيان كيفية تطورها وتبلورها حتى انتهت إلى النتيجة - هو فصل فى مسألة واقعية، ومن ثم لا يخضع قاضى الموضوع - فى شأنه - لرقابة محكمة النقض. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض " بأن قيام رابطة السببية وإثباتها هو من المسائل الموضوعية

١ - نقض جنائى جلسة ٢٥ ديسمبر ١٩٨٩ س ٤٠ ق٢٠٨ ص١٢٩٤، جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٥ س٤٦ ق١٥٧ ص١٠٨٠ سالف الإشارة إليه.

التى تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها، مادام تقديرها سائغا مستندا لأدلة مقبولة، ولها أصلها فى الأوراق، وكان يكفى لتوافر رابطة السببية هذه أن تستخلص المحكمة من وقائع الدعوى وأدلتها انه لولا الخطأ المرتكب لما وقع الحادث، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه تتحقق به رابطة السببية بين خطأ الطاعن والنتيجة، وهى وفاة المجنى عليها، فيكون ما خلص إليه الحكم فى هذا الشان سديداً".[1]

٥- يترتب على كون الدفع بانتفاء رابطة السببية - دفاعا قانونيا يخالطه واقع - نتيجة هامة هى أنه دفع موضوعى لا يتعلق "بالنظام العام" شأنه - فى ذلك - شأن الغالب الأعم من الدفوع الموضوعية ؛ ومن ثم يجب إبداؤه أمام محكمة الموضوع على نحو صريح وجازم يقرع سمع المحكمة حتى تلتزم بالرد عليه، ولا يجوز التمسك به أمام محكمة النقض لأول مرة ؛ ما لم يكن قد أبدى أمام محكمة الموضوع على النحو المشار إليه. وفى ذلك قضت محكمة النقض بأن "الدفع بانقطاع رابطة السببية بين اعتداء المتهم على المجنى عليه والعاهة التى تخلفت لديه يتعين أن يكون صريحا جازما، وإذ كان البين من الحكم أن دفاع الطاعن لم يصر عليه فى ختام مرافعته ؛ فإنه لا تثريب على المحكمة إن هى أعرضت عن هذا الطلب وأغفلت الرد عليه".[2]

على أن ذلك لا ينفى عن الدفع صفته أنه دفع جوهرى تلتزم المحكمة ببحثه وتمحيصه متى أبدى فى صورة صريحة جازمة - كما سلف القول - وترد عليه قبولا أو رفضا.[3]

١- نقض جنائى جلسة ٧ يونيه ١٩٩٢ س٤٣ ق٨٨ ص٥٩٥، جلسة ٢٠ ديسمبر ١٩٩٤ س٤٥ ق١٨٨ ص١٢٠١ .

٢- نقض جنائى جلسة ٩ديسمبر ١٩٧٣ س٢٤ ق٢٧٣ ص١١٦٢، جلسة ١٥ ديسمبر ١٩٩٣ س٤٤ ق١٨٠ ص١١٥٣، جلسة ٩ يناير ١٩٩٤ س٤٥ ق٨ ص٧١ .

٣- نقض جنائى جلسة ٢٢ فبراير ١٩٩٠ س٤١ ق٧٠ ص٤٣١ .

٦- تأسيسا على ما سبق فقد اعتبرت محكمة النقض - من قبيل العوامل التى لا تنفى علاقة السببية بين الخطأ والنتيجة - المرض السابق للمجنى عليه، وإهماله فى العلاج وتراخيه فيه، أو المرض اللاحق على الفعل، أو رفض المجنى عليه إجراء العملية الجراحية التى تقتضيها حالته. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "الجانى فى جريمة الضرب يكون مسئولا عن جميع النتائج المحتمل حصولها - نتيجة سلوكه ا لإجرامى - ولو كانت عن طريق غير مباشر ؛ ما لم تتداخل عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع رابطة السببية بين فعله وبين النتيجة، وأن مرض المجنى عليها إنما هو من الأمور الثانوية التى لا تقطع هذه الرابطة.[١]

كما قضت المحكمة - فى شأن بيان الإهمال فى العلاج ومدى تأثيره على السببية والدفع بها - بقولها من المقرر أن الدفع بانتفاء علاقة السببية هو مسألة موضوعية ينفرد قاضى الموضوع بتقديرها، ومتى فصل فيها إثباتا ونفيا فلا رقابة لمحكمة النقض عليه ؛ ما دام قد أقام قضاءه فى ذلك على أسباب تؤدى إليه، متى كان ذلك وكان الإهمال فى علاج المجنى عليه أو التراخى فيه - بفرض صحته - لا يقطع رابطة السببية ما لم يثبت أنه كان متعمدا لتجسيم المسئولية، فإنه لا تثريب على المحكمة إن هى التفتت عن دعوة طبيب التخدير أو ضم أوراق العلاج ؛ لتحقيق دفاع الطاعنين المبنى على انقطاع رابطة السببية، للإهمال فى علاج المجنى عليها ما دام أنه غير منتج فى نفى التهمة عنهما.[٢]

٧- على العكس مما تقدم ؛ فقد اعتبرت المحكمة أن هناك من العوامل ما من شأنه - فى حالة تدخله فى التسلسل السببى - أن ينفى علاقة السببية بين الفعل الذى صدر من المتهم والنتيجة الإجرامية، كوجود حساسية خاصة بجسم

١- نقض جنائى جلسة أول فبراير ١٩٩٠ س٤١ ق٤٤ ص٢٥٢، جلسة ١٠ مايو ١٩٩٠ س٤١ ق١٢٣ ص٧١٠ سالف الإشارة إليه.
٢- نقض جنائى جلسة ١٥ فبراير ١٩٩٠ س٤١ ق٦٢ ص٣٨٣ .

المجنى عليـه، أو تعمـده تسـوئ مـركـز المتـهم، أو خطأ المجنى عليـه الذى ينفى السببية لشذوذه وعدم استطاعة توقعه. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان الثابت أن الوفـاة حصلت نتيجـة هبوط القلب المفاجئ عقب إعطاء حقنه البنسلين لسبب حساسـية المجنى عليها، وهى حسـاسية خاصـة بجسم المجنى عليها، كافية فيه، وليس هنـاك أية مظاهر خـارجية تنم عنها أو تدل عليها، ولم يتحوط لها الطب حتى اليوم فمسلك المتـهم (وهو غير طبيب)، هو مسلك الطبيب بعينه، وما كانت النتيجة لتتغير لو أن الذى تولى إجراء عملية الحقن هو أحد الأطباء ؛ فهما يتعادلان فى عدم الاستدلال على وجود تلك الحساسية قبل عملية الحقن، وفى عدم إمكان ملافاة أثرها ؛ بل وفى عدم توقع النتيجة لبعدها عن المألوف الذى يصح معه توقعها، فمتى كان ذلك، فإن محكمة الموضوع لا تكون قد أخطأت إذ هى لم تحمل المتهم المسئولية عن وفاة المجنى عليها".[1]

كما قضت المحكمـة فى خصـوص خطأ المجنى عليه الذى ينفى السـببيـة لشذوذه عن المألوف، بأن "ظهور المجنى عليه فى طريق الترام أو السيارة فجأة وعلى بعـد ثلاثة أمـتار على نحـو لم يكن مـعه فى اسـتطاعـه المتـهم، وهو يقـود الترام أو السيارة توقع ذلك وإيقاف سيره لتفادى إصـابة المجنى عليه، هو مما يقطع علاقة السـببية لعدم اسـتطاعة توقع تصـرف المجنى عليه، وإذا التـزم الحكم المطعـون فيـه بهـذا النظر، تنتـفى عنه قـالة القـصـور والإخـلال بحق الدفاع".[2]

والدفع بانتـفاء رابطة السـببية يعـد دفـعا ذا طابع أولى، من حيث طبيـعته الإجرائية. باعتبار أن المحكمة التى تفصل فى الدعوى هى التى تتولى بدورها الفصل فى الدفع. وهو المعيار الذى سرنا على نهجه طوال مراحل البحث.

١- نقض جنائى جلسة ٢٥ يونيه ١٩٥٧ س٨ ق١٩٤ ص٧١٧ .
٢- نقض جنائى جلسـة ٢٥ أبريل ١٩٦٦ س١٧ ق رقم ٩٠ ص٤٧٥، ٩ديسـمبـر ١٩٧٣ س٢٤ ق٢٣٧ ص١١٦٢ .

المطلب الثانى
الدفع بانتفاء المسالة الفرعية

٢٥٩- تمهيد:

تحدثنا فيما سبق - عند الحديث عن الطبيعة الإجرائية للدفع - عما يسمى بمفترضات الجريمة، أو الشروط المفترضة فيها. وذلك فى محاولة لتأصيل الطبيعة الإجرائية للدفع، وما إن كان ذا طابع أولى أو طابع فرعى، ورأينا أن الفقه قد انقسم فى هذا الخصوص ؛ فمنهم من أخذ[1] بالمعيار الشكلى، الذى يقيم التفرقة بين اعتبار ما هو أولى من الدفوع أو فرعى بحسب القضاء المختص ؛ أخذاً بمبدأ قاضى الدعوى قاضى الدفع، وأنه كلما اقتربنا من هذا المبدأ بحيث اختص القاضى الجنائى بنظر الدفع ؛ بصرف النظر عن نوعه سواء كان شكليا أو موضوعيا، كان الدفع ذا طابع أولى، وإذا لم يطبق القاضى هذا المبدأ وانتظر للفصل - فى الدعوى الأساسية - قضاء آخر حتى يفصل فى الدفع المثار كان الدفع ذا طابع فرعى.

ومنهم من اخذ بالمعيار الموضوعى الذى اخذ به الفقه الفرنسى، ولم يوافق على المعيار الشكلى واعتبر أن الدفع إذا كان لم يمس سوى الدعوى فى خصوص قبولها، أو ولاية القضاء بها ؛ فإن للدفع طابعا أوليا، بينما إذا نفذ إلى موضوع الجريمة المقامة عنها الدعوى وترتب عليه - فيما لو صح - انتفاء ركنها المادى أو أحد الشروط المفترضة ؛ فإنه يكون ذا طابع فرعى بصرف

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات ص٣٩٠ سالف الإشارة إليه .

النظر عن اختصاص القاضى الجنائى أو عدم اختصاصه بها. ورتب على ذلك نتيجة هى أن الشروط المفترضة تعتبر دفوعا فرعية أو ذات طابع فرعى ؛ لأن القول بتطبيق المعيار الشكلى فى شانها ينشئ الاختلاف فى التكييف الإجرائى لمسائل من طبيعة واحدة ؛ كعقد الزواج بالنسبة لجريمة الزنا وعقد الأمانة فى جريمة خيانة الأمانة، على الرغم من أنهما يؤديان ذات الدور فى البنيان القانونى للجريمة، وهو تقويض هذا البنيان - فى حالة صحة القول - بانتفائه[1]، وهذا الرأى رغم قوة حججه فقد قلنا أننا نميل - فى بيان الطبيعة الإجرائية للدفع - إلى الجانب من الفقه الذى يأخذ بالمعيار الشكلى باعتباره أكثر توافقا مع مبدأ قاضى الدعوى قاضى الدفع ؛ للاعتبارات المبينة فى موضعها من البحث، ولأنه يضع ضابطا واضحا وسهلا فى اعتبار الدفع ذا طابع أولى أو فرعى يتوقف على اختصاص القاضى الجنائى بالفصل فيه ؛ بحيث إذا كان القاضى الجنائى الذى يتولى الفصل فى الدعوى المطروحة هو الذى يتولى الفصل فيه، كان الدفع ذا طابع أولى، وإذا كان يتوقف الفصل فيه على قضاء آخر كان ذا طابع فرعى. ولان الأخذ بالمعيار الموضوعى إن صح بالنسبة للشرط المفترض فى الجريمة كقاعدة تنطبق على سائر الدفوع المبينة بالبحث سوف يصطدم بعقبات كثيرة مما حدا بنا لتبنى المعيار الشكلى للدفع عموما فى تحديد الطبيعة الإجرائية للاعتبارات المبينة فى موضعها من البحث. ولقد سرنا على نهج هذا المعيار فى بيان الطبيعة الإجرائية لكل نوع من الدفوع تم عرضه فى باب تقسيمات الدفوع. وانطلاقا من هذا المبدأ فإننا سوف نعرض فى هذا المطلب للشروط المفترضة فى الجريمة والتى يترتب على صحتها انتفاء عنصر أساسى فى الركن المادى، والتى تطرأ كمسألة عارضة تثور أثناء نظر الدعوى الجنائية الأصلية، ولا يختص بحسمها القاضى الجنائى الذى ينظر الدعوى ؛ ولكن يختص بالفصل فيها قضاء آخر مدنى أو

١- د. عبد العظيم مرسى وزير: الشروط المفترضة للجريمة ص٣١٢ سالف الإشارة إليه

جنائى حسب النص، ويترتب عليها - فى حالة صحتها - تقويض ركن أساسى فى البنيان القانونى للجريمة القائم على الركن المادى وانتفائه مما يستوجب القضاء بالبراءة ؛ ومن ثم يوقف القاضى الجنائى الدعوى ريثما تفصل فيها المحكمة المختصة. وهى على هذا النحو تنقسم إلى طائفتين طائفة يلتزم القاضى الجنائى عند إثارتها بوقف الفصل فى الدعوى الجنائية حتى يتم الفصل فيها من المحكمة المختصة، وأخرى يجوز للقاضى الجنائى - عند إثارتها - وقف الدعوى الجنائية، وقد أطلق الفقه[1] على هذه الدفوع بانتفاء الشروط المفترضة مجازا "المسائل الفرعية" تمييزا لها عن المسائل الأولية حسب المعيار الذى سرنا على نهجه فى بيان الدفوع المتعلقة بالمسائل غير الجنائية والتى يمتد اختصاص القاضى الجنائى لنظرها أثناء نظر الدعوى الأصلية مع أنها تحقق ذات الأثر - فى حالة صحتها - وهو انتفاء الشرط المفترض فى الجريمة مما يقوض بنيانها القانونى.

٢٦٠- أنواع الدفوع بانتفاء الشروط المفترضة المعتبرة مسائل فرعية:

والدفوع بالشروط المفترضة المعتبرة مسائل فرعية، يمكن تقسيمها - بحسب وجوب وقف الدعوى الأصلية أو جوازه كما سلف القول - إلى نوعين:

أولا: النوع الأول: هو المسائل الجنائية والمسائل الإدارية.

وقد نصت على المسائل الفرعية الجنائية المادة ٢٢٢ من قانون الإجراءات الجنائية فى قولها "إذا كان الحكم فى الدعوى الجنائية يتوقف على نتيجة الفصل فى دعوى جنائية أخرى، وجب وقف الأولى حتى يتم الفصل فى الثانية".

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات - ص٣٩٢ سالف الإشارة إليه.

أما المسائل الإدارية الفرعية فقد أشارت إليها المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية فى قولها "إذا دفعت قضية مرفوعة أمام المحكمة بدفع يثير نزاعا تختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى، وجب على المحكمة إذا رأت ضرورة الفصل فى الدفع قبل الحكم فى موضوع الدعوى أن توقفها وتحدد للخصم الموجه إليه الدفع ميعادا يستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة المختصة ؛ فإن لم تر لزوما لذلك أغفلت الدفع وحكمت فى موضوع الدعوى، وإذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها". ويلاحظ أن المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية لم تتضمن النص على المسائل الإدارية وإنما أشارت إلى جميع الموضوعات التى تختص بالفصل فيها جهات قضاء أخرى غير المحاكم العادية وأهم هذه الجهات هى القضاء الإدارى ويطبق هذا النص دون شك على أى جهة قضائية أخرى خولت ولاية تختلف عن ولاية القضاء العادى كالمحكمة الدستورية مثلا.[1]

ثانيا: النوع الثانى: هو مسائل الأحوال الشخصية.

وقد وردت فى شأنها المادة ٢٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية التى تقرر أنه "إذا كان الحكم فى الدعوى الجنائية يتوقف على الفصل فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية جاز للمحكمة الجنائية أن توقف الدعوى وتحدد للمتهم أو المدعى بالحقوق المدنية أو المجنى عليه حسب الأحوال آجلا لرفع المسألة المذكورة إلى الجهة ذات الاختصاص، ولا يمنع وقف الدعوى من اتخاذ الإجراءات أو التحفظات الضرورية أو المستعجلة".

وقد كان الوقف وجوبيا منذ صدور قانون الإجراءات الجنائية عام ١٩٥١ وقبل أن يعدل النص فى فقرته الأولى بالقانون رقم ١٠٧لسنة ١٩٦٢ التى جعلته جوازيا واستمر على هذا النحو حتى الآن.

١- د. نجيب حسنى شرح قانون الإجراءات الجنائية المرجع السابق ص٣٩٤ وما بعدها.

ومثال المسألة الفرعية الجنائية: أن يتهم شخص بجريمة بلاغ كاذب[1] بأنه اسند إلى المجنى عليه ارتكاب جريمة نصب مثلا، وتكون الدعوى الجنائية قد رفعت ضد المجنى عليه بتهمة النصب، وفى هذه الحالة يتوقف الفصل فى الاتهام بالبلاغ الكاذب على نتيجة الفصل فى الاتهام بالنصب. فإذا حكم بصحة ارتكاب المجنى عليه النصب كان معنى ذلك أن البلاغ صحيح، فينتفى عن جريمة البلاغ الكاذب أحد أركانها، ويتعين تبرئة المتهم بها، فى هذه الحالة يجب على المحكمة التى تنظر فى جريمة البلاغ الكاذب أن توقف النظر فيها حتى تصدر المحكمة التى تنظر فى الاتهام بالنصب حكمها، فتتقيد به.

أما مثال المسألة الفرعية المتعلقة بالأحوال الشخصية: فهو أن تتهم امرأة بالزنا ؛ فتدفع اتهامها بأن عقد زواجها باطل، وأنها طلقت طلاقا بائنا قبل أن تقترف الزنا، فيجوز للحكمة التى تنظر فى هذا الاتهام أن توقف الدعوى الجنائية انتظارا لما تقرره المحكمة المختصة فى شان صحة الزواج أو تاريخ الطلاق البائن.

٢٦١- الآثار الإجرائية المترتبة على الدفع بانتفاء المسائل الفرعية:

١- يتميز الدفع بالمسائل الفرعية بأنه يثير البحث فى أحد أركان الجريمة[2]. فإذا ثبت انتفاؤه ؛ ترتب على ذلك تقويض البنيان القانونى للجريمة وتبرئة المتهم. كما يتميز كذلك بأن الفصل فيه ضرورى لإمكان استمرار السير فى الدعوى ؛ وإن لم يكن ضروريا لقبولها ابتداء، والحكم الذى تصدره المحكمة المختصة فى المسألة الفرعية تتقيد به المحكمة الجنائية، وهذه الحجية مردها إلى قواعد توزيع الاختصاص فيما بين المحاكم الجنائية، أو فيما بين القضاء العادى والقضاء غير العادى.[3]

١- د. رءوف عبيد: الرقابة على الدستورية والشرعية فى المواد الجنائية ط١٩٧٩ دار الفكر العربى ص٥،٤

٢- Garraud, op.cit. 11 no 396 P. 429.

٣- د. نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات الجنائية ص٣٩٥ وما بعدها.

٢- يتعين لإيقاف الدعوى الجنائية - حتى تلتزم المحكمة، أو يجوز لها إيقاف الدعوى الجنائية انتظارا للفصل فى الدفع بالمسألة الفرعية - أن يثير المتهم الدفع، فلا يجوز أن تثيره النيابة العامة أو المحكمة من تلقاء نفسها ؛ إذ الدفع [وسيلة دفاع]فلا يبديه إلا صاحب الصفة والمصلحة فيه.

٣- يتعين أن يتصل الدفع بالمسالة الفرعية بأحد أركان الجريمة أو عناصرها ؛ بحيث يكون من شأن الفصل فيها على نحو معين نفى أحد أركان الجريمة، فان لم يثبت ذلك فان علة الإيقاف تنتفى، ولا يكون الدفع مجديا ويحق للمحكمة أن تمضى فى نظر الدعوى دون اعتداد بالدفع بالمسألة الفرعية، ويتعين أن يكون الدفع بالمسألة الفرعية جديا - أى أن يكون الظاهر مؤيدا له - أما إذا تبين أن الدفع ظاهر البطلان، وأن القصد منه مجرد عرقلة سير الدعوى وتأخير الفصل فيها ؛ فان المحكمة ترفض الدفع، وتمضى فى نظر الدعوى. ومحكمة الموضوع هى التى تقدر مدى جدية الدفع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك.[1]

٤- يتعين فى تحديد إجراءات الإيقاف التمييز بين الإيقاف الوجوبى - إذا كانت المسألة الفرعية جنائية [مادة٢٢٢]من قانون الإجراءات - والإيقاف الجوازى، إذا كانت المسالة الفرعية من مسائل الأحوال الشخصية.

فإذا كانت المسألة الفرعية جنائية، فالمحكمة كما قدمنا تلتزم بإيقاف الدعوى التى تنظر فيها. ولكن شرط نشأة هذا الالتزام أن تكون المسألة الفرعية موضوع دعوى قائمة بالفعل، فتوقف المحكمة الدعوى الأصلية انتظارا لنتيجة الفصل فى الدعوى التى تنظر فيها المسألة الفرعية، أما إذا كانت المسألة الفرعية لم تقم فى شأنها الدعوى فان المحكمة لا تلتزم بالإيقاف، وإنما يكون لها - بل يتعين عليها - أن تفصل فى المسألة الجنائية الفرعية بنفسها، فإن لم تفعل كانت مخطئة وتطبيقا لذلك فإنه إذا دفع المتهم بالبلاغ الكاذب بصحة

١- نقض جنائى جلسة ١٩ أبريل ١٩٦٦ س١٧ ق٨٨ ص٤٦٠ .

بلاغه وبأن الفعل الذى أسنده إلى المجنى عليه قد حصل حقيقة، ولم تكن قد رفعت دعوى فى شأن هذا الفعل، فان المحكمة تفصل فى هذا الدفع، فإن قدرت صحته قضت ببراءة المتهم.[1]

أما إذا كانت المسألة الفرعية من مسائل الأحوال الشخصية ؛ فان المشرع حدد فى المادتين ٢٢٣، ٢٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية الإجراءات التى تتخذها المحكمة بعد أن تقرر إيقاف الدعوى ؛ فهى تحدد للمتهم أو المدعى المدنى أو المجنى عليه آجلا لرفع الدعوى بالمسألة الفرعية إلى المحكمة المختصة بها، ويعنى ذلك أن الأجل يحدد لرفع الدعوى، ولا يحدد للحصول على حكم فيها. ذلك أن صدور هذا الحكم لا يرتهن بإرادة الخصم الذى آثار المسألة الفرعية وإنما يعتمد على الإجراءات التى تتخذها المحكمة التى ترفع الدعوى أمامها ؛ ومن ثم يقضى المنطق القانونى بالا يكلف الخصم إلا بما يعتمد على إرادته، وهو رفع الدعوى.

٥- المكلف برفع الدعوى هو الخصم الذى آثار المسألة الفرعية إذ يصير - بدفعه مدعيا - وإذا لم يحدد قرار المحكمة بالإيقاف آجلا لرفع الدعوى فى شان المسالة الفرعية كان معيبا، وجاز الطعن عليه وتحدد محكمة الطعن الأجل. ويجوز للنيابة أن تعود إلى المحكمة التى أصدرت قرار الإيقاف، تطلب منها تحديد الأجل الذى أغفلته، إذ الدعوى لم تخرج بعد من حوزتها، فان فعلت زال العيب الذى كان يشوب قرارها وإذا لم يرفع الخصم الذى آثار المسألة الفرعية دعواه فى خلال الأجل الذى حددته له المحكمة وكانت ثمة أسباب تبرر ذلك، جاز للمحكمة أن تحدد له آجلا أخر لرفع الدعوى. ويترتب على وقف الدعوى امتناع السير فى إجراءاتها خلال الأجل الذى حددته المحكمة، ولكنه لا يحول دون اتخاذ الإجراءات أو التحقيقات الضرورية أو المستعجلة (مادة ٢٢٣/٢) كما إذا كان أحد الشهود فى الدعوى مريضا أو

١- نقض جنائى جلسة ٢٣ نوفمبر ١٩٧٥ س٢٦ ص٧١٨ سالف الإشارة إليه.

خيف أن يموت قبل أن ينقضى الأجل، فلا يتاح بذلك سماع شهادته وإذا مضى الأجل دون أن يرفع الخصم الذى آثار المسألة الفرعية دعواه ؛ فإن المحكمة تعود إلى النظر فى الدعوى، كأن الدفع بالمسألة الفرعية لم يثر، فيكون لها أن تتولى بنفسها الفصل فيها، ويجوز أن تخلص فيها إلى الحل الذى كان الخصم يبتغيه، كما يجوز لها أن تخلص إلى أى حل آخر تقدر صوابه. ويعنى ذلك أنها تخطئ إذا استنتجت حتما من مجرد عدم رفعه دعواه خلال ذلك الأجل بطلان وجهة نظره التى انطوى عليها دفعه.[1]

٦- وجدير بالذكر أن الدفع بالمسألة الفرعية يثار دائما أمام محكمة الموضوع، لأنه لا يتعلق بالنظام العام فلا تقبل أثارته لأول مرة أمام محكمة النقض لأنها لا تخرج عن كونها طريق من طرق الدفاع.[2] وفى الأحوال التى يكون فيها الإيقاف وجوبيا لا يلزم التمسك بالإيقاف صراحة بل تكفى إثارة المسألة الفرعية بشكل جازم حتى تلتزم المحكمة بالإيقاف إذا توافرت شروطه. شأنه فى ذلك شان سائر الدفوع على ما ورد فى موضعه من هذا البحث عند بيان النظام القانونى للدفوع.

٧- وللدفع بالمسألة الفرعية طابع فرعى بحسب المعيار الذى سرنا على هديه باعتبار أن هذا الدفع لو توافرت شروطه والتزمت المحكمة بوقف الدعوى انتظارا للفصل فيه ؛ فإن الذى يتولى هذه المهمة قضاء آخر غير القاضى الذى يتولى الفصل فى المسالة الأساسية [الدعوى]ولا ينطبق عليه قاعدة قاضى الدعوى قاضى الدفع.

٢٦٢- دفوع أخرى تهدف إلى تقويض الركن المادى للجريمة:

وهناك دفوع أخرى تهدف إلى انتفاء الركن المادى فى الجريمة ؛ كالدفع

١- د. نجيب حسنى. شرح قانون الإجراءات المرجع السابق ص٣٩٧ وما بعدها.
٢- نقض جنائى جلسة ١٣ يونية ١٩٦٠ س١١ ق١٠٦ ص٥٥٧، جلسة ٩ يناير ١٩٧٨ س ٢٩ ص٣٢ .

بالإكراه المادى، إذ يترتب على قبوله وصحته محو الفعل ذاته، إذ الإرادة عنصر أساسى فيه، وهو يختلف عن الإكراه المعنوى الذى يفترض مخاطبة الإرادة والتأثير عليها، فالإرادة لا تنعدم فى الصورة الأخيرة، ولكن اتجاهها يتغير، على ما سيتضح بيانه عند بحث الدفوع المتصلة بامتناع المسئولية الجنائية القائمة على الركن المعنوى.

والإكراه المادى يتسع لجميع الحالات التى تسيطر فيها على جسد المتهم قوة تسخره على نحو معين - أى قوة قاهرة - فتنمحى بذلك إرادته، فالإكراه المادى والقوة القاهرة تعبيران مترادفان للدلالة على الدفع بالإكراه المادى، وقد عرفت محكمة النقض القوة القاهرة بأنها "العامل الذى يسلب الشخص إرادته فيرغمه عل إتيان عمل لم يرده ولم يكن يملك له دفعا".[1]

وتقدير الدفع بالإكراه المادى أو القوة القاهرة من سلطة محكمة الموضوع باعتباره من المسائل الواقعية، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بان "تقدير ما إذا كان المتهم مكرها أم مختارا فيما أقدم عليه من مفارقته للجرم المسند إليه أمر موكول إلى قاضى الموضوع يستخلصه من عناصر الدعوى فى حدود سلطته التقديرية، بلا معقب ما دام سائغا لا شطط فيه.[2] وهو على هذا النحو لا يتعلق بالنظام العام بما يرتبه ذلك من آثار وانه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ما لم يكن قد ابدى صراحة أمام محكمة الموضوع، ولكن تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليه إذا ما أثير على وجه جازم، باعتباره دفعا جوهريا قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وهو ذو طابع أولى باعتبار أن قاضى الموضوع يتولى الفصل فيه تطبيقا لمبدأ قاضى الدعوى قاضى الدفع الذى سرنا على نهجه طوال مراحل البحث.

١- نقض جنائى جلسة ٢٠ أبريل ١٩٥٩ س١٠ ق٩٩ ص٤٥١ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٥ أبريل ١٩٧٩ س٣٠ ص٤٤٣، جلسة ٩ مايو ١٩٩٦ س٤٧ ق٨٤ ص٦٠٢ .

ويضاف إلى هذا الدفع دفوع أخرى تهدف إلى نفى الركن المادى فى الجريمة أو تقويض أحد عناصره، كالدفع بانتفاء الفعل ذاته أو بانتفاء حالة الشروع فى الواقعة، وتشترك الدفوع السابقة جميعها فى أنها دفوع قانونية تتعلق بالواقع فى الدعوى، وتدخل فى سلطة قاضى الموضوع ؛ ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك، ولكن تكييف الفعل ذاته وما إن كان بدء فى تنفيذ الجريمة أو مجرد عمل تحضيرى مثلاً هو فصل فى مسألة قانونية يخضع قاضى الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض.[1]

وهذه الرقابة تتيح لمحكمة النقض أن تلزم قاضى الموضوع بمعيار معين فى تكييف الفعل الذى يعرض عليه كالبدء فى التنفيذ مثلاً، إذ أن رقابتها على التكييف تكون بالرجوع إلى معيار معين، تقدر وفقا له ما إن كان هذا التكييف صحيح أم غير صحيح، على أن ذلك لا يعنى أن أى دفع من هذه الدفوع يتعلق بالنظام العام ؛ وإنما يتعلق كل منها بصالح الخصم فى الدعوى الجنائية ويتعين على المتهم أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع حتى تكون ملزمة بالرد عليه، ولا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض إذا لم يكن قد أثير أمام محكمة الموضوع كسائر الدفوع الموضوعية، وهى دفوع ذات طابع أولى حسب المعيار المتبع فى البحث.

وتأكيداً لما تواترت عليه أحكام محكمة النقض المصرية واضطردت عليه، والتى تبسط فيها رقابتها على محكمة الموضوع فى شأن تكييف الفعل وما إن كان يعد بدءً فى التنفيذ من عدمه عندما يثير المتهم دفعا بذلك، قضت بأنه "لما كان الطاعن قد دفع بانتفاء تهمة الشروع فى السرقة بإكراه وكان الحكم المطعون فيه قد دان الطاعن بهذه الجريمة وأورد على ثبوتها فى حقه أدلة سائغة من شأنها أن تؤدى إلى ما رتبه الحكم عليها مستمدة من أقوال المجنى عليه وتحريات المباحث وإقرار المتهم بمحضر جمع الاستدلالات بأن الطاعن

١- نقض جنائى جلسة ١٣ مارس ١٩٨٤ س ٣٥ ق ٦٦ ص ٣٩١ .

قام بشهر مطواة فى وجهه وطالبه بإعطائه ما معه من مبالغ نقدية وطلب منه إيقاف السيارة والنزول منها، وأن ذلك قد تجاوز مرحلة التحضير ودخل فعلا فى دور التنفيذ بخطوة من الخطوات المؤدية حالا إلى ارتكاب جريمة السرقة بحيث أصبح عدوله بعد ذلك باختياره عن مقارفة تلك الجريمة، أمرا غير متوقع ويكون ما ارتكبه سابقاً على واقعة الضبط يعد شروعا فى جناية معاقبا عليه، ويكون ما أورده الحكم كافيا للتدليل على واقعة الشروع كما عرفها القانون ويضحى دفع الطاعن فى هذا الخصوص لا سند له".(١)

١- نقض جنائى جلسة ١٤ أبريل ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٧٣ ص ٩٩ .

المبحث الثالث
الدفوع التى تهدف إلى انتفاء المسئولية الجنائية وامتناع العقاب

٢٦٣- تمهيد وتقسيم:

قدمنا عند بحثنا للدفوع التى تهدف إلى انتفاء الركن المادى للجريمة أنها إن قبلت يترتب عليها تقويض البنيان القانونى للجريمة، ومن ثم فهى تحول دون قيامها وتقضى المحكمة تبعا لذلك بالبراءة. ولسوف نتناول في هذا المبحث الدفوع المتصلة بامتناع المسئولية الجنائية القائمة علي انتفاء الركن المعنوي للجريمة سواء منها ما تعلق بحرية الإرادة أو الدفوع المتصلة بالجهل والغلط، وسواء تعلق هذا أو ذاك بالواقع أو بالقانون، فضلا عن الدفوع التى تهدف إلى امتناع العقاب.

ويوصف الركن المعنوى للجريمة بأنه ركن المسئولية الجنائية وتوصف الدفوع التى تهدف إلى انتفاء الركن المعنوى بأنها موانع من المسئولية الجنائية، و هذا القول وإن كان فيه شيء من التجاوز لأن المسئولية لا تعتمد على الركن المعنوى وحده ؛ وإنما تتطلب اجتماع كل أركان الجريمة، ومن ثم كانت هذه الأركان كافة أركانا للمسئولية الجنائية، ولكن يبرر هذا التجاوز أن الركن المعنوى يفترض توافر الركنين الشرعى والمادى كما سلف القول، ومن ثم يكون توافره دالا على اجتماع كل أركان الجريمة ومقتضيا القول بقيام المسئولية الجنائية، وانتفائه يبرر القول بانتفاء هذه المسئولية.[1]

١- د.نجيب حسني: شرح قانون العقوبات. القسم العام. المرجع السابق ص ٥٢١، د. السعيد مصطفي السعيد: العقوبات المرجع السابق ص ٣٧٠، د. محمود مصطفي: العقوبات. المرجع السابق ص٤١٣ .

ولقد حصر المشرع فى قانون العقوبات الحالى الأسباب المعنوية لانعدام الجريمة وامتناع المسئولية الجنائية فى أربعة، هى بترتيب ورودها فى نصوص البابين التاسع والعاشر من الكتاب الأول حالة الضرورة أو الإكراه المعنوى(مادة ٦١)، و الجنون أو العاهة العقلية (مادة ٢/٦٢)، والغيبوبة الناشئة عن تناول عقاقير مسكرة أو مخدرة عن اضطرار أو غلط (مادة ٣/٦٢)، وصغر السن حتى السابعة (مادة٦٤) التى ألغيت بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤, الصادر بشأن الأحداث و الذى ألغى بدوره بصدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ الخاص بحقوق الطفل.

ودفعان من هذه الموانع راجعان إلى انعدام الأهلية الجنائية و هما صغر السن و الجنون أو المرض العقلي عموما، ودفعان آخران مردودان إلى عيب يعيب الاختيار لدى المتهم المتمتع بالأهلية الجنائية و هما علي التحديد حالة السكر أو التخدير الاضطرارى، و حالة الضرورة و الإكراه المعنوى.

وبطبيعة الحال لن نعرض لتفصيلات هذه الأسباب المانعة للمسئولية الجنائية القائمة على الركن المعنوى و سنقتصر على بيان نوعين منها بالقدر اللازم لتحديد طبيعتها كدفعين من الدفوع الموضوعية التى تهدف لنفى الركن المعنوى فى الجريمة و ما يترتب عليهما من آثار إجرائية و هما:

الدفع بامتناع المسئولية لتوافر إكراه معنوى أو حالة ضرورة.

والدفع بجنون المتهم و شذوذه العقلى، ثم نعرض لبعض الدفوع الأخرى والتى من شأنها لو صحت نفى المسئولية الجنائية للمتهم و من ثم القضاء ببراءته.

وما ينطبق على هذه الدفوع من أحكام ينطبق بالضرورة على باقى الدفوع التى تمس الأهلية وحرية الاختيار. على أنه إذا ما اكتملت أركان الجريمة وأصبحت شروط المسئولية عنها متوافرة، و لم تكن هناك دفوع تنفيها، فهناك دفوع أخرى يمكن للخصم أن يتمسك بها ويترتب عليها فى حالة صحتها

وجوب امتناع العقاب أو يجوز للقاضى أن يخفف من قدره وذلك فى حالة صحة الدفع بتوافر عذر قانونى أو ظرف قضائى، فالأعذار القانونية أو الظروف القضائية لا تنفى ركنا فى الجريمة أو شرطا للمسئولية نشأت عنها، و لكنها تفترض أن جريمة ارتكبت وأن هناك شخصا مسئولا عنها، و لكن تحول دون أن ترتب المسئولية نتيجتها و هى توقيع العقوبة.[١]

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الدفع بالإعفاء من العقاب بأنه " ليس سبب إباحة للفعل أو محو للمسئولية الجنائية بل هو مقرر لمصلحة الجانى الذى تحققت فى فعله و فى شخصه عناصر المسئولية الجنائية و استحقاق العقاب، وكل ما للعذر المعفى من العقاب من أثر هو محو العقوبة عن الجانى بعد استقرار إدانته، دون أن يمس ذلك قيام الجريمة فى ذاتها أو اعتبار المجرم المعفى من العقاب مسئولا عنها و مستحقا للعقاب أصلا".[٢] ومن أجل ذلك فسوف نتعرض فى هذا المبحث أيضا للدفوع التى تهدف لامتناع العقاب أو التخفيف من مقداره، على أن تكون الدراسة فى هذا المبحث مقسمة إلى مطلبين : نتناول فى الأول : الدفوع التى تهدف إلى انتفاء الركن المعنوى للجريمة ,وذلك فى فرعين :

الفرع الأول : الدفع بالإكراه وحالة الضرورة – الفرع الثانى : الدفع بالجنون والعاهة العقلية :

وفى المطلب الثانى : نتناول الدفوع التى تهدف إلى امتناع العقاب أو التخفيف منه (الدفع بتوافر عذر قانونى أو ظرف مخفف) .

١- Garraud, 11 .no , 810 p.723 op . cit

٢- نقض جنائى جلسة ٤ يونيو ١٩٨٦ س ٣٧ ق ١٢٣ ص ٦٤٦ – ١٣ مارس ١٩٨٥ س ٣٦ ق ٦٤ ص ٣٧١، ٢٢ ابريل ١٩٩١ س ٤٢ ق ٩٦ ص ٦٦٢ .

المطلب الأول
الدفوع التى تهدف إلى انتفاء الركن المعنوى للجريمة

تتناول الدراسة فى هذا المطلب بيان الدفوع التى تهدف إلى نفى حرية الاختيار وانعدام التمييز ، وذلك فى فرعين على النحو التالى :

الفرع الأول
الدفع بالإكراه و حالة الضرورة

٢٦٤- تمهيد:

يمكن القول بأن الإكراه المادى الذى يصلح سببا للدفع بامتناع المسئولية الجنائية لانتفاء ركنها المعنوى، هو أن يلجأ الجانى إلى ارتكاب الجريمة بتهديده بشر حال إذا لم يرتكبها، كالاعتداء على شخص بالضرب أو حبسه أو تهديده بالاعتداء على ابنه بقصد دفعه لارتكاب جريمة حتى يقبل بها . ويتميز الإكراه المعنوى عن الإكراه المادى الذى يعدم الركن المادى للجريمة فى أن الشخص يحتفظ فيه بقدر من حرية الإرادة حيث يسعه دائما أن يتحمل الأذى المهدد به و لا يرتكب الجريمة، و إن كانت حريته فى الاختيار تضعف على قدر جسامة الأذى و قدرته على الاحتمال.

بينما حالة الضرورة، هى أن يجد نفسه فى ظروف تهدده بخطر لا سبيل إلى تلافيه إلا بارتكاب جريمة، ولا يكون هذا الخطر قد وجه إليه عمدا بقصد إلجائه إلى ارتكابها، وتتفق مع الإكراه المعنوى فى أن الجانى لا يجد وسيلة

للخلاص من الشر المحدق به إلا بسلوك سبيل الجريمة.[1] و يدخل جانب من الفقه الحادث الفجائى ضمن حالات الضرورة. و يرجع عدم قيام المسئولية إلى انتفاء الركن المعنوى.[2]

٢٦٥- الشروط الموضوعية لانطباق الدفع:

ويشترط فى حالة الضرورة بمعناها الواسع الذى يشمل الإكراه المعنوى و الحادث الفجائى طبقا لنص المادة ٦١ من قانون العقوبات الشروط التالية:

١- أن يكون هناك خطر - يهدد النفس - جسيم و حال و لا دخل لإرادة الجانى فى حلوله.

٢- يشترط فى الفعل الذى تقع به الجريمة أن يكون من شأنه التخلص من الخطر ؛ و أنه الوسيلة الوحيدة لذلك. و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "يشترط لتوافر حالة الحادث القهرى - الذى تقوم به حالة الضرورة - ألا يكون للجانى يد فى حصول العذر أو فى قدرته منعه ؛ فإذا كان المتهم قد آثار دفعا بأن سبب الحادث يرجع إلى الشبورة وانهيار الطريق، و كان الثابت من الأوراق أن الشبورة كانت تطبق على خط سير الحافلة صباح يوم الحادث على نحو يجعل الرؤية أمرا عسيرا ؛ مما كان يوجب على المتهم اتخاذ أكبر درجات الحيطة و الحذر حال قيادته للحافلة فى مثل هذه الظروف ريثما تتضح الرؤية و تنقشع الشبورة، لا سيما و قد نيطت بالمتهم مسئولية الحفاظ على أرواح و أموال ركاب الحافلة قيادته ؛ إلا أنه لم يراع الظروف التى لابست قيادته لها، و مضى يسير دون ما تبصر لحدود الطريق ؛ فانحرف أقصى يمين الطريق و هوى بالحافلة إلى قاع المصرف، و هو يوفر

١- د. السعيد مصطفى السعيد: قانون العقوبات ط. ١٩٥٣ ص ٤٤٣ .
٢- د. محمود محمود مصطفى: القسم العام فى قانون العقوبات ط١٩٥٥ ، ص٣٢٥، د. نجيب حسنى: القسم العام رقم ٦١٣ ص ٥٨٦ .

ركن الخطأ فى جانبه، و ينتفى به فى حد ذاته الدفع بحصول الواقعة نتيجة حادث قهرى".[1]

٣- إذا ما تحققت شرائط حالة الضرورة أو الإكراه المعنوى ؛ فإنها تصلح سببا للامتناع عن واجب معين أمر به القانون، حتى إذا كان هذا الامتناع يشكل جريمة مثل جريمة الامتناع عن أداء الشهادة فى المحكمة أو الامتناع عن تقديم إقرار ما إلى جهة حكومية فى ميعاد معين. وذلك لعذر قهرى لا سبيل إلى دفعه إلا بارتكاب هذا الفعل تطبيقا لقاعدة أن حالة الضرورة تعد من موانع المسئولية الجنائية.

٢٦٦- الآثار الإجرائية التى تترتب على التمسك بالدفع بامتناع المسئولية لقيام حالة الضرورة:

١- إذا تمسك المتهم بقيام حالة الضرورة ؛ ورفض الحكم الجنائى التعويل على هذا الدفع، فإنه مطالب بأن يرد فى أسبابه على هذا الدفع بما يفنده ويدحض قيمة الدليل المثبت له، وإلا كان معيبا . ومناط العيب هو الإخلال بحق الدفاع و القصور فى التسبيب عند عدم التعرض له فى الحكم أو عند إغفال الرد على الدفع.

على أنه إذا كان الدفع مرسلا، و لم يرد بأوراق الدعوى ولا بمدونات الحكم ما يؤيده، أو كان الجانى يقصد النجاة به من أمر محرم كان يرتكبه، فللمحكمة أن تتغاضى عن الرد عليه، ولا يعد ذلك منها قصوراً فى أسباب حكمها وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "حالة الضرورة التى تسقط المسئولية هى التى تحيط بشخص و تدفعه إلى الجريمة، ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم علي النفس على وشك الوقوع به أو بغيره، وأن تكون الجريمة

١- نقض جنائى جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٨٧ س ٣٨ ص ١٠٩٣، جلسة ١٧ يناير ١٩٩٥ س ٤٦ ق ٢٥ ص ١٨١ .

التى ارتكبها الطاعن هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به، و إذا كان قصارى ما أورده الدفاع عن الطاعن أن المجنى عليها هددته بفضح علاقتهما الآثمة ؛ إذا ما أقدم على قطعها، و كان هذا القول - بفرض صحته - لا يوفر حالة الضرورة، و لم يقترن بخطر جسيم على النفس، فلا يعيب الحكم أن يلتفت عنه ؛ لأنه - دفاع ظاهر البطلان - بعيد عن محجة الصواب".[1]

٢- ينبغى أن تتوافر للدفع - بحالة الضرورة و الإكراه المعنوى - خصائص معينة، منها أن يكون أبدى على وجه جازم و ثابت فى أوراق الدعوى، أو فى محضر الجلسة أو فى مذكرة مقدمة بناء على تصريح المحكمة، و فى الميعاد الذى حددته، وإما فى طلب للمحكمة مرفق بالأوراق، فلا يغنى عن ذلك أن يقدم الدفع شفاهة، ويجب أن يكون مؤيدا بالدليل المثبت له، و أن يبدى قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى مادام أنه لا يعدو أن يكون جزءا من موضوع الدعوى و خطة الدفاع فيها، ويشمل أيضا المرافعة أمام المحكمة الاستئنافية، ولكن إذا جاء التمسك بالدفع فى غير جزم بل عرضه صاحبه فى صورة تفويض الأمر للمحكمة، أو ترك التقدير لها فإنها لا تكون قد أخلت بحقه فى الدفاع إذا لم تتعرض له.

٣- الدفع بامتناع المسئولية الجنائية لتوافر حالة الضرورة هو مثل سائر الدفوع الموضوعية لا يتعلق بالنظام العام بما يرتبه ذلك من آثار، من حيث أنه يخضع لتقدير محكمة الموضوع باعتباره أمرا موضوعيا بطبيعته، و كذلك تقدير الدليل المثبت له، و يجب عرضه على محكمة الموضوع قبل التمسك به أمام محكمة النقض، إذ لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض .

١- نقض جنائى جلسة ١٥ يناير ١٩٩١ س ٤٢ ق ١٢ ص ٦٧ ، جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٩٤ س ٤٥ ق ١٧٨ ص ١١٢٩ ، ٢٥ يناير ١٩٩٥ س ٤٦ ق ٣٦ ص ٢٧٢ ، جلسة ١٠ مايو ٢٠٠٠ الطعن رقم ٢٣٠٩٥ لسنة ٦٩ ق - لم ينشر بعد . و مشار إليه بالمستحدث من المبادئ الجنائية الصادرة من المكتب الفنى لمحكمة النقض عام ٢٠٠١ .

و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "الدفع بأن المتهم كان فى حالة ضرورة ألجأته إلى ارتكاب الجريمة، هو من الدفوع الموضوعية التى لا تتعلق بالنظام العام ؛ و من ثم لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض ما لم تكن قد أثيرت على وجه قاطع أمام محكمة الموضوع".[1]

على أن هذا التقدير الموضوعي يخضع لرقابة محكمة النقض فى نطاق معين وبقدر معلوم. فهى تراقب أن تكون أسباب الحكم الواقعية فى الرد على الدفع كافية مستمدة من أوراق الدعوى و ظروفها الثابتة، و من شأنها أن تؤدى إلي النتيجة التى رتبها الحكم عليها باستنتاج سائغ تتلاءم به هذه الأسباب مع ما خلص إليه منها.

٤- إذا توافرت للدفع بالإكراه المعنوى و حالة الضرورة جميع الشروط الموضوعية للدفع والخصائص الإجرائية المطلوبة، و تمسك به صاحب الشأن، فإن المحكمة تلتزم بالرد عليه باعتباره "دفعا جوهريا" لما ينبنى على ثبوت صحته من تأثير فى مسئولية الطاعن. وإلا كان عدم ردها أو تعرضها له بأسباب غير كافيه أو غير سائغة قصورا فى التسبيب على ما سلف القول، والاستنتاج غير السائغ فى تسبيب رفض الدفع بالإكراه يعادل فى النهاية عدم الرد كلية على الدفع أو الرد عليه بأسباب غير كافية فيما يتعلق بما يترجم عنه به من وصف، و ما قد يرتبه من آثار.[2]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لما كان دفاع الطاعن من أنه ارتكب جريمته تحت تأثير إكراه أدبى تمثل فيما تعرض له من تهديد بالسلاح من قبل المتهم - هو دفاع جوهرى - لما ينبنى على ثبوت صحته من تأثير فى مسئولية الطاعن، مما كان يوجب على المحكمة أن تعنى بتمحيصه بلوغا إلي

١- نقض جنائى جلسة ١٣ أبريل ١٩٩٣ س ٤٤ ق ٥٢ ص ٣٧٩ .
٢- د.رءوف عبيد: المشكلات العملية فى الإجراءات الجنائية . المرجع السابق ص ٥٨٨ .

غاية الأمر فيه وأن ترد عليه بما يفنده، إن رأت إطراحه، أما وهى لم تفعل و أغفلته كليا فلم تعرض له إيرادا وردا ؛ فإن حكمها يكون معيبا بالإخلال بحق الدفاع فضلا عن القصور فى التسبيب مما يوجب نقضه والإعادة".[1]

٥- يجوز للقاضى - من تلقاء نفسه - أن يعتبر حالة الضرورة أو الإكراه متوافرة. إذ أنه يلتزم قبل إدانة المتهم أن يتحقق من توافر كل أركان الجريمة و شروط المسئولية عنها باعتبار أن تطبيق القانون واجب على المحكمة دون دفع بذلك من الخصوم.[2] وفى النهاية فإن للدفع بتوافر حالة الضرورة والإكراه المعنوى " طابع أولى" باعتبار أن المحكمة التى تفصل فى موضوع الدعوى هى التى تتولى الفصل فى الدفع، حسب المعيار الذى سرنا على نهجه فى بيان الطبيعة الإجرائية للدفع فى هذا البحث.

١- نقض جنائى جلسة ٣ يناير ١٩٩١ س ٤٢ ق ٤ ص ٢١ .
٢- د.نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات . القسم العام . ص ٥٩٨ .

الفرع الثانى
الدفع بالجنون و العاهة العقلية

٢٦٧- تهميد:

نصت المادة ٦٢ من التشريع العقابى على أنه "لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار فى عمله وقت ارتكابه الفعل ؛ إما لجنون أو عاهة فى العقل،..." وقد حدد هذا النص شروط امتناع المسئولية فى حالة الجنون أو العاهة، فردها إلى ثلاثة: إصابة المتهم بجنون أو عاهة فى عقلة، و إفضاء ذلك إلى فقد الشعور أو الاختيار فى العمل، و معاصرة ذلك لارتكاب الفعل المكون للجريمة.

وليس المقام هنا مقام شرح هذه المادة و ما يرتبط بها من مشكلات عويصة تكاد تبدو بلا حدود بوجه عام، ولكنه مقام التعرض - فحسب - لموضوع الدفع بجنون المتهم أو شذوذه من ناحية تأصيل شروطه الموضوعية و آثاره الإجرائية المترتبة على التمسك به، و سلطة المحكمة فى إثباته و التزامها بتسبيب حكمها فى ضوء هذا الدفع.

٢٦٨- الشروط الموضوعية لانطباق الدفع بالجنون والعاهة العقلية:

١- يتسع الجنون فى دلالته القانونية للأمراض العقلية التى تصيب المخ فتجعله ينحرف فى نشاطه عن النحو العادى، و هذه الأمراض هى التى يصدق

عليها لفظ "الجنون" فى دلالته الطبية، سواء كان هذا الجنون عاما مستغرقا، أى شاملا كل القوى الذهنية ممتدا خلال وقت المريض كله، أو أن يكون متقطعا أو دوريا أى متخذا صورة نوبات تفصل بينها فترات إفاقة، أو أن يكون متخصصا، أى متعلق بجانب فحسب من النشاط الذهنى، فتسيطر على المريض فى نطاقه فكرة فاسدة فى حين تكون سائر جوانب النشاط الذهنى عادية. ويتسع الجنون للعته أو الضعف العقلى الذى يفترض وقوف الملكات الذهنية فى نموها دون النضج الطبيعى، و يتسع كذلك للأمراض العصبية التى تعنى انحراف نشاط الجهاز العصبى عن النمو الطبيعى المعتاد، و هذه الأمراض يقوم بها مانع المسئولية باعتبارها تنال من سيطرة الجهاز العصبى على الجسم، وتصيب بالاختلال الصلة التى يقيمها هذا الجهاز بين مراكز التوجيه فى المخ وأعضاء الجسم فتؤثر بذلك على الوعى أو الإرادة أو عليهما معا.[1]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه"جرى قضاء هذه المحكمة على أن المرض العقلى الذى يوصف بأنه جنون أو عاهة فى العقل وتنعدم به المسئولية الجنائية قانونا، هو ذلك المرض الذى من شأنه أن يعدم الشعور أو الإدراك وقت الفعل، أما سائر الأمراض و الأحوال النفسية التى لا تفقد الشخص شعوره أو إدراكه، فلا تعد سببا لانعدام المسئولية".[2]

٢- بعض الحالات النفسية تثير التساؤل عن مدى تأثيرها على التمييز وحرية الاختيار كالشخصية السيكوباتية وثورة العاطفة وشدة الانفعال. فالشخصية السيكوباتية هى شخصية شاذة فى تكوينها النفسى، غير ملتئمة مع المجتمع فى قيمة و معاييره . وقد ذهب قضاء محكمة النقض إلي أن"المصاب بالحالة المرضية المعروفة باسم الشخصية السيكوباتية لا يعتبر فى

١- د.السعيد مصطفى السعيد: قانون العقوبات القسم العام-المرجع السابق ص ٤٥٣، د. محمود محمود مصطفى: القسم العام،المرجع السابق ص ٣٣٥ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٦ مارس ١٩٨٩ س ٤٠ ق ٦٨ ص٤٠٣ .

عرف القانون مجنونا، و أن صاحبها وإن عد من الناحية العلمية مريضا مرضا نفسيا، إلا أنه لا يعتبر فى عرف القانون مصابا بجنون أو عاهة فى العقل، مما يصح معه اعتباره فاقدا الشعور أو الاختيار فى عمله".[1]

ويعنى ذلك أن السيكوباتية ليست فى ذاتها "عاهة فى العقل" فالتمييز متوافر و الإرادة حرة ؛ لأن فى وسع صاحبها أن يسيطر عليها، ولكن السيكوباتية قد تكون مظهرا لعاهة فى العقل ؛ و من ثم كان ثبوتها جديرا بأن يحمل القاضى على فحص المتهم للتحقق مما إذا كانت حالته تكشف عن حالة اختلت فيها القوى الذهنية لمرض عقلى أو عصبى، فتمتنع المسئولية. أم أنها لا تكشف عن شيء من ذلك فتظل المسئولية قائمة.[2]

أما ثورة العاطفة و شدة الانفعال، فالقاعدة في شأنهما أنهما ليسا من قبيل "عاهة العقل"، و لا يحولان دون قيام المسئولية. والمبادئ القانونية صريحة فى تأييد هذه القاعدة ؛ فالعاطفة أو الانفعال مجرد باعث على الجريمة، والأصل أن البواعث ليست من عناصر الجريمة، وقد أكد الشارع هذه القاعدة فعاقب الزوج الذى يقتل زوجته و من يزنى بها إذا فاجأها متلبسة بالزنا (مادة ٢٣٧ من قانون العقوبات). و الزوج يدفعه إلى جريمته فى هذه الظروف انفعال شديد، و لم يرى الشارع فى هذا الانفعال غير مجرد عذر قانونى ؛ أى أنه لم يعتبره مانعا لمسئوليته، فكان بذلك كاشفا عن خطته فى حكم العاطفة والانفعال.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض[3] بأن "سائر الأحوال النفسية التى لا تفقد الشخص شعوره و إدراكه لا تعد سببا لانعدام المسئولية، فلما كان دفاع

١- نقض جنائى جلسة ٣٠ يونيه ١٩٥٤ س ٥ ص ١٧٢، ٢٠ نوفمبر ١٩٦١ س١٢ ص ٩٢١، ٣١ أكتوبر ١٩٧١ س٢٢ ص ٥٩٠، جلسة ٢٨ أبريل ١٩٧٣ س ٢٤ ص٥٨٦ .

٢- د. نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات. القسم العام ط١٩٧٧ ص٥٥٢ .

٣- نقض جنائى جلسة ٩ مايو ١٩٨٥ س ٣٦ ق ١١٢ ص ٦٣١، جلسة ٢١ نوفمبر ١٩٩٣ س٤٤ ق ١٦١ ص ١٠٤٩، تقض جنائى جلسة ١٦ فبراير ٢٠٠٠ الطعن رقم ٣٣٨٩٩ لسنة ٦٨ ق. لم ينشر بعد ومشار إليه بالمستحدث من المبادئ الصادرة من محكمة النقض فى المواد الجنائية سنة ٢٠٠١ .

الطاعنة أمام المحكمة هو أنها ارتكبت جريمتها تحت تأثير ما كانت تعانيه من حالة نفسية نتيجة إصابتها بالشلل ؛ فإن دفاعها على هذه الصورة لا يتحقق به دفع بانعدام المسئولية لجنون أو عاهة في العقل، و هو مناط الإعفاء من المسئولية ؛ بل هو دفاع لا يعدو أن يكون مقرونا بتوافر عذر قضائي مخفف يرجع مطلق الأمر في إعماله أو إطراحه لتقدير محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض".

٣- ليس الجنون أو عاهة العقل في ذاته مانعا من المسئولية الجنائية، وإنما تمتنع المسئولية بما يترتب عليه من فقد للشعور أو الاختيار في العمل. و لا يعني الشارع بهذا الشرط زوال التمييز أو الاختيار تماما ؛ و إنما يريد الانتقاص منهما إلى حد يجعلهما غير كافيين لاعتداد القانون بالإرادة. و من ثم كان متصورا أن تمتنع المسئولية على الرغم من بقاء قدر من التمييز أو الاختيار دون ما يتطلبه القانون.

وتحديد القدر المتطلب من التمييز والاختيار من شأن قاضي الموضوع، وله الاستعانة بالخبير كي يكشف له عن خصائص الإرادة فيحدد على هذا الأساس مقدار ما تستحقه من قيمة في نظر القانون.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن"الجنون أو العاهة في العقل اللذان أشارت إليهما المادة ٦٢ من قانون العقوبات ورتبت عليهما الإعفاء من المسئولية، هما اللذان يجعلان الجاني وقت ارتكاب الجريمة فاقدا للشعور أو للاختيار فيما يعمل. و تقدير ذلك أمر يتعلق بوقائع الدعوى، يفصل فيه قاضي الموضوع دون معقب عليه.[١]

١- نقض جنائي جلسة ٩ يونيو ١٩٥٨ س ٩ ص ٦٢٤، نقض جنائي جلسة ١٦ مارس ١٩٩٧ طعن رقم ٣٠٧٢ لسنة ٦٥ ق لم ينشر بعد.

٤- هذا عن موقف التشريع و القضاء فى مصر، و هو موقف مشوب بالغموض والقصور. أما عن موقف التشريعات الأجنبية فهو بوجه عام متفاوت تفاوتا كبيرا، وهى حتى وأن أجمعت على نفى المسئولية الجنائية بالنسبة للجنون الكلى ؛ إلا أنها تتعمد تفادى وضع حلول محددة لهذا الامتناع من ناحية أحواله و شروطه، ومن ثم تباينت حلولها فى شأن هذا الموضوع بحسب المدارس الطبية و النفسية التى وجهتها، وهى متشعبة إلى الحد الذى جعل بعضها ينفى عن جريمة المجنون ركنها المعنوى كما هو الحال فى التشريع الألمانى ؛ حيث يرى الرأى السائد أن جريمة المجنون لا تعد "عملا جنائيا" لأن الإرادة الحرة لم تتعلق به، بل إن حالات امتناع المسئولية وشروطها أمر مختلف عليه بين الشرائع بقدر اختلافها فى فهم معنى الجنون، وبقدر مدى اعترافها بأثر الأمراض النفسية بوجه خاص فى الشعور و فى الاختيار إذا كان ثمة اعتراف صريح فيها، و هو أمر نادر: ومن هذه الأمراض النفسية تلك الحالات التى يطلق عليها وصف الجنون الجزئى أو نصف الجنون. و من بينها حالات السرقة المرضية والحريق المرضى، والقلق النفسى، والشعور بالاضطهاد، والسادية أو الوحشية الجنسية والجنون الخلقى. ولا توجد حتى الآن حلول تشريعية حاسمة من ناحية اتصال الشذوذ بنوعيه العقلى و النفسى بالمسئولية الجنائية.

ولعل الأمر لا يزال واقفا عند التسليم بالعجز فى هذا الشأن على النحو الذى عبر عنه مؤتمر للأطباء العقليين و النفسيين عقد فى سويسرا فى عام ١٩٠٧ حين سلم بعجز هؤلاء الأطباء عن تقدير مدى مسئولية أى متخلف نفسى أو عقلى، إذ أن واجبهم هو الإرشاد عن نوع المرض العقلى أو العصبى عند المتهم وأثره فى تصرفات المريض. أى أن دورهم يقتصر على الإرشاد عن الأعراض غير الطبيعية عند صاحبها، أما تقدير مدى المسئولية الأدبية أو الاجتماعية - و بالتالى الحماية الجنائية - فهو من وظيفة القاضى لا الطبيب.[1]

١- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص٢١٠ وما بعدها.

وفضلا عن اختلاف معايير التخلف من الناحية الطبية ؛ فإن ضوابط المسئولية مختلفة بدورها بين الشرائع. فهل يؤثر الجنون أو العته أو العاهة العقلية فى المسئولية من ناحية القصد الجنائى فينفى أيهما القصد، و بالتالي المسئولية الجنائية ؛ لما يتطلبه القصد من إدراك تام بحقيقة الواقعة، مظهره العلم بتوافر أركانها القانونية، أم يؤثر أيهما فى حرية الإرادة لدى الجانى، وعندئذ يتعين البحث أولاً فيما إذا كانت حرية الإرادة متوافرة بالنسبة لغير المجنون أم لا؟ وهذه الحرية و إن كانت محل خلاف بين المدارس التقليدية والوضعية الإيطالية، إلا فى شأن الجنون الكلى فهى تمثل منطقة اتفاق بين جميع المدارس إذ ليس على المجنون الكامل أى قدر من المسئولية فيها كلها.

على أن بعض الآراء لا ينكر على بعض صور الجنون إمكان توافر التمييز، وبالتالى القصد الجنائى، فضلا عن حرية الاختيار، شأن المجنون شأن العاقل، لكنه ينفى عن بعض صور الجنون توافر القدرة على مقاومة دوافع الإجرام أى توافر المقاومة العادية التى يتمتع بها العقلاء. و ليس من المسلم به وجود حالات مرضية محددة بهذا المعنى. إذ أنه فى بعض الأحوال تلتبس فى شأن المرضى العقليين مظاهر الصحة مع المرض والانحراف المتأصل مع الاستسلام للدوافع الإجرامية ؛ ثم إن استحواذ فكرة معينة على الجانى أمر كثيرا ما يحدث لمن يوصفون أيضا بالأصحاء.

وهناك أيضاً عاهات عقلية مختلفة قد تنال من إدراك صاحبها منالاً تاماً أو جزئياً، بحسب الأحوال، مثل الهستيريا والصرع ؛ واستحواذ فكرة ثابتة على الجاني قد تكون فردية أو دينية أو سياسية، كما أن هناك حالات البله والعته، وقد يكون مصدرها الصمم والبكم المتوارث أو المكتسب من الصغر، ثم هناك مرضى الأعصاب وفاقدي الاتزان والمصابين بصور الشذوذ العقلى.

فهذه كلها حالات تقع على الحد بين الصحة والمرض العقلى، وتمثل درجات متفاوتة من التخلف العقلي. وقد تكون الفروق بينها قوية. كما قد تكون تافهة غير محسوسة وقد يتوافر أيها بسبب جنون حقيقى فلا يدرك المريض اختلال

شعوره، كما قد يتوافر بدون جنون حقيقى فيدرك المريض اختلال شعوره ؛ ومن ثم تظلمه إذا وصفته بأنه عاقل، وتظلم الحقيقة إذا وصفته بأنه مجنون.[1]

٢٦٩- الآثار الإجرائية المترتبة على توافر شروط الدفع بجنون المتهم وسلطة المحكمة في إثباته والرد عليه:

١- إذا توافرت شروط الدفع بالجنون فى المتهم امتنعت مسئوليته الجنائية لانتفاء الركن المعنوى. وبطبيعة الحال فإن من حق المحامى أن يدفع بجنون المتهم أو بشذوذه العقلى. وهو دفع جوهرى ويلزم أن يتعرض له الحكم عند قبوله أو رفضه بأسباب مستمدة من الأوراق، وباستنتاج منطقي سائغ متى ما أصر عليه المحامي وتمسك به بصيغة صريحة جازمة ؛ وبشرط عدم التنازل عنه صراحة ولا ضمناً قبل إقفال باب المرافعة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "متى كان الثابت أن الدفاع عن الطاعن طلب إعادة فحص حالته العقلية على ضوء الكشوف الطبية والتذاكر العلاجية المودعة بملف خدمته والمرفقة بأوراق الدعوى والتي تحوى ما يقطع بمرضه العقلى فترة وقوع الجريمة. فقد كان متعيناً على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهري الذي يسانده الواقع عن طريق المختص فنياً، أما وهي لم تفعل اكتفاء بما قالته بأن الأوراق المقدمة لا تدل على أن المتهم كان مصاباً خلال هذه المدة بمرض عقلي يمنع من أن يكون مسئولاً عن عمله الإجرامي الذي ارتكبه خلال تلك الفترة ؛ فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفني في مسألة فنية بحتة، ويكون حكمها معيباً بالإخلال بحق الدفاع ؛ مما يوجب نقضه".[2]

١- للمزيد في هذا الشأن : راجع المستشار / محمد فتحي في مؤلفه " علم النفس الجنائي علماً وعملاً " ط ـ ٤ عام ١٩٦٩ دار النهضة العربية جـ ١ ص ٧١ : ص ٩٨، د. نجيب حسنى " المجرمون الشواذ ط ١٩٦٤ دار النهضة العربية ص ١٠٣ وما بعدها .

٢- نقض جنائى جلسة ١ يونية ١٩٧٠ س ٢١ ق١٨٥ ص٧٩٥، جلسة ٨ فبراير ١٩٩٠ س ٤١ ق٥٦ ص٣٤٥ جلسة ٢٣ يناير ١٩٩٦ س ٤٧ ق١٦ ص. ١١٥ .

٢- والدفع بالجنون دفع موضوعى[1] ؛ ومن ثم فهو لا يتعلق بالنظام العام ولا تجوز إثارته أمام محكمة النقض لأول مرة ما لم يكن قد أثير أمام محكمة الموضوع من قبل. والتحقق من توافر شروط امتناع المسئولية من شأن قاضى الموضوع، إذ يتطلب بحثا فى وقائع الدعوى وظروفها، ولا فرق فى ذلك بين الشروط المختلفة لامتناع المسئولية ؛ فسواء أن يتعلق البحث بالعاهة أو بما يترتب عليها من فقد الشعور أو الاختيار أو بمعاصرة ذلك الفعل، ويترتب على ذلك أنه لا رقابة لمحكمة النقض علي ما يثبته قاضي الموضوع في ذلك سواء أقبل الدفع بامتناع المسئولية أم رفضه، بشرط أن يكون قد سبب حكمه تسبيبا كافيا . وفى غالب الأحوال يقتضى التحقق من امتناع المسئولية الاستعانة برأى خبير مختص.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الدفع بأن المتهم يعانى عاهة عقلية دفاعا جوهريا، إذ مؤداه - لو ثبت وقت ارتكابه الفعل المستند إليه - انتفاء مسئوليته عملا بالمادة ٦٢ من قانون العقوبات ؛ فإن المحكمة يتعين عليها ليكون قضاءها سليما أن تعين خبيرا للبت فى هذه الحالة لما قد يترتب عليها من قيام امتناع عقاب المتهم ؛ فإن لم تفعل كان عليها أن تورد فى القليل أسبابا سائغة تبنى عليها قضاءها برفض هذا الطلب، و ذلك إذا ما ارتأت من ظروف الحال ووقائع الدعوى، وحالة المتهم أن قواه العقلية سليمة و أنه مسئول عن الجرم الذى وقع منه، فإذا هي لم تفعل شيئا من ذلك كان حكمها مشوبا بالقصور فى التسبيب و الإخلال بحق الدفاع.[2]

١- نقض جنائى جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ج٧ رقم ٧١٥ ص٦٧١، جلسة ١٨ يناير ١٩٦٥ س١٦ ص٦٥ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٤ ديسمبر ١٩٩٤ س٤٥ ق١٨٣ ص ١١٦١، جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٥ س ٤٦ ق ٥٣ ص٣٦٣ جلسة ٤ ابريل ١٩٩٥ س ٤٦ ق ٩٨ ص٦٤٦، جلسة٢٠ سبتمبر ١٩٩٨ ط.رقم ١٨٠٢٦ ق لسنة ٦٦ ق لم ينشر بعد.

٣- ليس من شأن الخبير أن يقرر ما إذا كان المتهم مسئولاً جنائيا عن أفعاله أم غير مسئول، وإنما تقتصر مهمته على بيان ما إذا كان المتهم يعانى انحرافا متعلقا بميدان خبرته ؛ ومدى خطورة هذا الانحراف، وعلي القاضي أن يستخلص من تقرير الخبير ما لإرادة المتهم من قيمة قانونية دون أن يكون ملزما بما أثبته الخبير من وقائع أو انتهى إليه من نتائج. فليس القاضى ملزما بأن يستعين بخبير ؛ فقد يرى الأمر من الوضوح بحيث يستطيع البت فيه بنفسه، كما لو كانت مظاهر المرض واضحة لديه أو قدر أن الدفع بامتناع المسئولية للجنون غير جدى ؛ لأن القرائن تكذبه. ويتقيد القاضى حين يرفض الاستعانة بخبير أو يرفض الدفع بامتناع المسئولية بأن يسبب رفضه تسبيبا كافيا. ومن ثم لم يكن له أن يقتصر على الرفض غير المسبب أو المسبب بتسبيب غير سائغ أو كاف كما سلف القول، أو على الرفض الضمنى المستخلص من النطق بالعقوبة. ومن حق القاضى أن يقرر امتناع مسئولية المتهم ولو لم يدفع بذلك، إذ من واجبه أن يتحقق من توافر كل أركان الجريمة وعناصر المسئولية عنها حتى يكون من حقه أن ينطق بالعقوبة، ثم أنه ليس من شروط امتناع المسئولية أن يدفع المتهم بها، ولا يعد تسبيبا كافيا أن يستند القاضى - في اعتبار المتهم مسئولا عن أفعاله - إلى أنه لم يقدم الدليل على امتناع مسئوليته أو إلى أنه لم يثر دفعا بجنونه فى الوقت المناسب أثناء المحاكمة.[١]

٤- لا يلام القاضى حين يغفل الإشارة إلى تمتع المتهم بقواه العقلية ؛ إلا إذا دفع المتهم دفعا جديا بامتناع المسئولية لجنون أو عاهة في العقل، باعتبار أن تقدير حالة المتهم العقلية من الأمور الموضوعية التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع.

١- نقض الجلسة ٢٠ فبراير ١٩٨٦ س٣٧ ص٣٠٤، جلسة ١٤ ديسمبر ١٩٩٤ س ٤٥ ق ١٨٣ ص١١٦١ سالف الإشارة إليه.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه"لا يعد دفعا جديا قول الدفاع في صيغة عابرة أن المتهم قد انتابته حالة نفسية فأصبح لا شعور له ؛ وأنه خرج من دور التعقل إلي دور الجنون الوقتي ؛ ولا تثريب علي المحكمة إن هى أطرحت الشهادات التى قدمها الطاعن تدليلا علي إصابته بالمرض، طالما أقامت قضاءها فى ذلك على أسباب سائغة".[١]

٥- و أخيرا فقد قرر المشرع نوعا من التدابير الاحترازية عند ثبوت صحة الدفع بامتناع المسئولية لجنون المتهم أو إصابته بعاهة في العقل، وثبتت في الوقت نفسه خطورته بارتكابه جريمته. فنص في المادة ٣٤٢ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "إذا صدر أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى أو حكم ببراءة المتهم وكان ذلك بسبب عاهة فى عقله تأمر الجهة التى أصدرت الأمر أو الحكم إذا كانت الواقعة جناية أو جنحة عقوبتها الحبس بحجز المتهم في أحد المحال المعدة للأمراض العقلية إلى أن تأمر الجهات المختصة بإخلاء سبيله". وهذا التدبير يقى المجتمع خطورة هذا الشخص، وعلي الرغم من انطوائه على سلب الحرية فهو ليس عقوبة. إذ لا محل لعقوبة إذا امتنعت المسئولية وإنما هو تدبير احترازى، والأمر بهذا التدبير إلزامي، فإذا أغفل الحكم ببراءة المتهم عن الأمر به كان معيبا بالخطأ في تطبيق القانون.[٢]

وغني عن البيان أنه لا محل لهذا التدبير إلا إذا ثبت من التحقيق الابتدائى أو الانتهائى ارتكاب المجنون الجريمة، و إلا ما كان للسلطة القضائية شأن به، وكان أمره للسلطة الإدارية شأنه شأن أى مجنون.

كما أن للدفع بالجنون طابع أولي بحسب التكييف الذي رأينا الأخذ به في بيان الطبيعة الإجرائية للدفع.

١- نقض جنائى الجلسة ١٧ مايو ١٩٥٤ س ٥ ق ٢١٤ ص ٦٣٧، جلسة ١٧ أكتوبر ١٩٩٦ س٤٧ ق ١٤٩ ص ١٠٤٧ .

٢- نقض جنائى جلسة ٢٠ مارس عام ١٩٧٢ س٢٣ ق٩٧ ص٤٤٥ .

٢٧٠-الخلاصة:

بعد أن فرغنا من استعراض دفعين من الدفوع التى تهدف إلى انتفاء الركن المعنوى في الجريمة، لزم أن ننوه إلي أن ما تم بسطه من شروط موضوعية لهذين الدفعين و ما يترتب على كل منهما من آثار إجرائية يمكن القياس عليه وتطبيقه كقاعدة على كل دفع من الدفوع التى تمس الأهلية وحرية الاختيار، وتهدف لنفى المسئولية الجنائية القائمة على الركن المعنوى من هذه الدفوع، كالدفع مثلا بتوافر الغيبوبة الناشئة عن تناول عقاقير مسكرة أو مخدرة، والدفع بأن مرتكب الجريمة عديم التمييز باعتباره صغيرا لم يتجاوز السابعة من عمره، كذلك الدفع بالغلط فى الواقع، أو الدفع بالجهل بالقانون باعتبار أن صحة أى منها قد يترتب عليه انتفاء القصد الجنائى كاملا أو الحد منه على حسب الأحوال. والأمر يقتضينا أن نعرض بإيجاز للنوع الأخير من الدفوع لما أثاره من مشاكل عملية فى التطبيق.

٢٧١-الدفع بالغلط فى الواقع:

الأصل أن هذا الدفع من شأنه أن يقوض الركن المعنوى فى الجرائم العمدية لما يترتب عليه من انتفاء القصد، أما فى الجرائم غير العمدية فإن الجهل بالواقع أو الغلط فيه لا يؤثر فى قيامها ؛ نظرا لأنها تفترض بطبيعتها تقديرا غير دقيق لنتائج السلوك من جانب الفاعل.[١]

ويفرق جانب من الفقه[٢] بين ما يسمى بالغلط الجوهرى، و الغلط غير الجوهرى ورتب انتفاء القصد الجنائي على توافر الغلط الجوهرى، فى حين لم

١- د. عبد العظيم مرسى وزير: افتراض الخطأ كأساس للمسئولية الجنائية ص ٨٤ وما بعدها.
٢- المستشار وجدى عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، دراسة تحليلية ط ١٩٨٧ الطبعة الثانية نادى القضاة ص ٩٢١، د. محمد زكى محمود: آثار الجهل والغلط فى المسئولية الجنائية - رسالة دكتوراه ١٩٦٧ جامعة القاهرة بند ٥٤ ص ٥١ .

يرتب هذا الأثر على الغلط غير الجوهرى، و لكنه يتفق فى النهاية مع سائر الفقه فى أن الغلط الجوهرى إذا كان من شأنه نفى المسئولية عن الجرائم العمدية ؛ فإنه لا ينفى المسئولية غير العمدية.

وللغلط فى الواقع صور عديدة، كالغلط فى النتيجة و فى علاقة السببية، والغلط فى أسباب الإباحة، وفى أسباب التخفيف، ولكل منهما حكم مستقل، لا مجال لبيانه فى هذا الموضع، لسبق بحثه باستفاضة فى القسم العام من قانون العقوبات، ولكن ما يجب الإشارة إليه فى هذا الموضع من البحث هو أثره الإجرائى من حيث اعتباره دفعاجوهريا، يترتب عليه انتفاء القصد الجنائى أو الحد منه، و تلتزم المحكمة بتحقيقه إذا ما تمسك به صاحب الشأن، و إلا تعيب حكمها بالقصور، و لا يجوز إبداؤه أمام محكمة النقض ما لم يكن قد تم بسطه أمام محكمة الموضوع ؛ لعدم تعلقه بالنظام العام.[1]

٢٧٢-الدفع بالجهل بالقانون أو الغلط فيه:

الجهل بالقانون هو أن يعتقد الجانى حين يأتى فعله عدم وجود نص يجرمه، والغلط فيه أن يعلم وجود النص و لكن يفسره تفسيرا خاطئا ؛ بحيث يخرج فعله عن نطاق أحكامه. و ليس معنى تطلب العلم بالقانون و بالصفة الإجرامية التى يسبغها على الفعل وجوب توافر العلم اليقينى بها، فاعتبارات المصلحة العامة تتطلب من الشارع أن يضع على قدم المساواة العلم الفعلى بالقانون، والعلم المفترض به.

وعلى هذا الأساس ذهب الرأى إلى الاعتراف للعلم بالقانون بأهميته فى بناء فكرة القصد الجنائى، ثم إلى القول بافتراض العلم بالقانون لدى كل شخص، و إقامة قرينه لا تقبل الدليل العكسى على توافره ؛ بحيث لا تكلف سلطة الاتهام بإثباته.

١- نقض جنائى جلسة ١٨ مايو ١٩٦٤ س ١٥ ق ٧٦ ص ٣٩٣.

وافتراض العلم بالقانون يبرره أن عبء إثبات هذا العلم عسير، والبراءة عند العجز عن الإثبات تلحق بمصالح المجتمع أبلغ الضرر ؛ لأنها تعطل تطبيق القانون وتفوت أهدافه.

ومذهب افتراض العلم بالقانون يمثل الرأى السائد فى الفقه و القضاء فى مصر وفرنسا ؛ فالشراح يكادون يجمعون على أن القصد الجنائى يتطلب علم الجانى أن القانون يجرم فعله و يعاقب عليه، وهم فى الوقت نفسه مجمعون على القول بافتراض العلم بالقانون افتراضا لا يقبل الدليل العكسى.[1]

و أحكام القضاء التى قررت هذا المبدأ عديدة، وهى تسير فى هذا الاتجاه سيرا مطردا، وليس فى قانون العقوبات المصرى نص يقرر هذا الافتراض، ولكنه يستفاد من المادة ١٨٨ من دستور ١٩٧١ التى تقضى بنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها. و العمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعادا آخر. فهذا النص يستخلص منه أن الشارع يتخذ من نشر القانون بالجريدة الرسمية و مضى شهر على نشرها قرينة لا تقبل الدليل العكس على علم الناس كافة بأحكام القانون.

ويفترض العلم بقانون العقوبات، كما يفترض بكل القوانين المكملة، و يسرى هذا الافتراض بالنسبة للنصوص الجنائية كافة أيا كان نوع الجريمة التى تنص عليها بلا تفرقة بين الجرائم على الإطلاق من هذه الوجهة، فسواء درجة جسامتها وسواء مكان ارتكابها، أكان فى داخل البلاد أم فى الخارج ؛ حيث تخضع استثناءاً لأحكام القانون الوطنى. كما يسرى هذا الافتراض فى حق جميع الأشخاص الذين يخضعون لأحكام القانون، و يفترض العلم بالقانون على وجهه الصحيح، أى العلم بالتفسير الدقيق للنص الذى خولفت أحكامه،

١- د .السعيد مصطفى السعيد : العقوبات المرجع السابق ص٤١٠، د.نجيب حسنى : العقوبات القسم العام المرجع السابق بند ٦٦٦ ص ٦٢٥.

فليس من حق المتهم أن يدعى أنه ارتكب الفعل معتقدا أن القانون يفسر على نحو يباح به هذا الفعل، وعلى ذلك فالغلط فى القانون يستوى و الجهل به ؛ فكل منهما لا ينتفى به القصد الجنائى . و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه" من المقرر أن الجهل بالقانون أو الغلط في فهم نصوصه لا يعدم القصد الجنائى، باعتبار أن العلم بالقانون وفهمه على وجهه الصحيح أمر مفترض فى الناس كافة، وإن كان هذا الافتراض يخالف الواقع فى بعض الأحيان ؛ بيد أنه افتراض تمليه الدواعى العملية لحماية مصلحة المجموع، ولذا جرى قضاء هذه المحكمة على أن العلم بالقانون الجنائى والقوانين العقابية المكملة له مفترض فى حق الكافة ؛ ومن ثم فلا يقبل الدفع بالجهل أو الغلط فيه كذريعة لنفى القصد الجنائى".[1]

وتختلف القاعدة بالنسبة للدفع بالجهل أو الغلط فى قانون غير قانون العقوبات: فتفترض هذه الحالة التفرقة بين قانون العقوبات والقوانين الأخرى، وقصر نطاق الافتراض على الجهل أو الغلط فى قانون العقوبات، ويعنى ذلك أنه إذا دفع الجانى بالجهل بأحكام قانون آخر كالقانون المدنى أو التجارى أو الإدارى قبل منه ذلك، و عد القصد لديه منتفيا، بشرط إقامة الدليل على ذلك من مبدى الدفع، أما إذا كان محل الجهل أو الغلط فى قانون العقوبات ؛ فلا يقبل الاعتذار ولا ينتفى القصد بالجهل به.[2]

وعلى ذلك استقر قضاء محكمة النقض، وتواترت أحكامها على أنه "من المقرر أنه يشترط لقبول الدفع بالاعتذار بالجهل بحكم من أحكام قانون آخر

١- نقض جنائى جلسة ١٠ فبراير ١٩٦٩ س٢٠ ص٢٤٢ طرقم ٢٠٢٠ لسنة ٣٨ ق، ١٨ يناير ١٩٨٩ س ٤٠ ق ١٣ ص ٩٧، ١١ ديسمبر ١٩٩١ س ٤٢ ق ١٨٣ ص ١٢٢٨، ١٩ يناير ١٩٩٥ س ٤٦ ق ٣٠ ص٢١١ .

٢- د. نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات-القسم العام رقم ٦٧٠ ص٦٢٩، المستشار وجدى عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون رقم ٧٩٠ ص٩٧٩، د.السعيد مصطفى السعيد: القسم العام المرجع السابق ص ٤٠٥ .

غير قانون العقوبات. أن يقيم مبدى الدفع الدليل على لأنه تحرى تحريا كافيا، و أن اعتقاده الذى اعتقده بأنه يباشر عملا مشروعا ؛ كانت له أسباب معقولة. لما كان ذلك، وكان دفاع الطاعن لا ينهض بمجرده سندا للتمسك بالاعتذار بالجهل بحكم من أحكام قانون الأحوال الشخصية، مادام لم يقدم الدليل القاطع على أنه تحرى تحريا كافيا، وأن اعتقاده الذى اعتقده بأنه يباشر عملا مشروعا كانت له أسباب معقولة ؛ فإن ما ينعاه فى ذلك يكون غير مقبول".[1]

ومن ذلك يتضح أن محكمة النقض قد وضعت شرطا لقبول هذا الاعتذار هو أن يقيم الدليل القاطع على أنه تحرى تحريا كافيا، وأن اعتقاده الذى أعتقده بأنه يباشر عملا مشروعا كانت له أسباب معقولة.

والدفع بالجهل بقانون آخر غير القانون العقابى هو - و بحسب التحليل السابق - دفع لا يتعلق بالنظام العام ؛ و إنما يتعلق يصالح الخصوم فى الدعوى الجنائية، ومن ثم فإنه كسائر الدفوع الموضوعية لا تخضع محكمة الموضوع فى تقدير توافره لرقابة محكمة النقض، ويترتب عليه ما يترتب على عدم تعلق باقى الدفوع الموضوعية بالنظام العام من آثار تقتضى ضرورة التمسك به فى صورة صريحة جازمة، حتى تلتزم المحكمة بتفنيده و الرد عليه.

وهو من حيث الطبيعة الإجرائية دفع ذو طابع أولى بحسب التقسيم الذى سرنا علي نهجه فى هذا البحث، بحسبان أن المحكمة التى تتولى الفصل فى الموضوع هى نفسها التى تتولى الفصل فيه.

١- نقض جنائى جلسة ٣١ يوليو ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٢٠ ص ٨٣٩، ٥ أبريل ٢٠٠٠ الطعن رقم ٨٠٣٧ لسنة ٦١ ق لم ينشر بعد، ومشار إليه بالمستحدث من المبادئ فى المواد الجنائية الصادر من المكتب الفنى لمحكمة النقض عام ٢٠٠١ .

المطلب الثانى

الدفوع التى تهدف إلى امتناع العقاب أو التخفيف منه

(الدفع بتوافر عذر قانونى أو ظرف مخفف)

٢٧٣- تمهيد:

أسباب امتناع العقاب أو التخفيف منه محددة فى قانون العقوبات. و معرفة باسم الأعذار القانونية والظروف القضائية.

والأعذار هى ظروف ينص عليها القانون، من شأنها محو العقوبة أو تخفيفها، ويجب التمييز بين الأعذار القانونية البحتة وبين الظروف القضائية المخففة وعدم الخلط بينهما، فالأولى قد تولى الشارع أمرها بنفسه ونص بشأنها على ما رآه، أما الثانية فقد تركت لتقدير القضاة.[1]

وقد حدد القانون طبيعة الأعذار بأنها قانونية، وهى ظروف حددها القانون تحديدا دقيقا سواء من حيث الأحوال التى توجد فيها أو من حيث آثارها، على أن الأعذار وإن اتحدت طبيعتها إلا أن لكل منها أثراً عينه القانون ضمنها المعفى ومنها المخفف.

١- الأستاذ جندى عبد الملك: الموسوعة الجنائية ط١٩٣٢, ج٢ بند ٣ ص٦٤٢ و ما بعدها، د.رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص٢٩٩ و ما بعدها، د.نجيب حسنى: العقوبات-القسم العام.المرجع السابق ص٨٦٢ وما بعدها، د.السعيد مصطفى السعيد: العقوبات. المرجع السابق ص٦٩٢ د.محمود مصطفى: العقوبات -المرجع السابق ص ٤٤٧ .

٢٧٤-الشروط الموضوعية لانطباق الدفع بتوافر عذر قانونى أو ظرف قضائى:

١- الأعذار - بصفة عامة - لها طابع الاستثناء باعتبارها تنتج أثرا على خلاف الأصل وبناء على ذلك كان متعينا أن يحددها القانون علي سبيل الحصر. فلا عذر إلا فى الحالات التى يحددها القانون، ويرتبط بهذا الطابع الاستثنائى وجوب أن تفسر نصوصها تفسيرا ضيقا، وفى ذلك تقول محكمة النقض: "لا إعفاء بغير نص. والنصوص المتعلقة بالإعفاء تفسر على سبيل الحصر، فلا يصح التوسع في تفسيرها بطريق القياس. وعلي ذلك فلا يجوز للقاضى أن يعفى من العقوبة إلا إذا انطبقت شروط الإعفاء من النص التشريعي على الواقعة المؤثمة انطباقا تاما، سواء من ناحية كنهها أو ظروفها أو الحكمة التى تغياها الشارع من تقرير الإعفاء".[١]

٢- تختلف الأعذار المعفية عن أسباب الإباحة، وأسباب امتناع المسئولية كما قلنا من قبل، ويترتب على هذه التفرقة أنه ليس للقاضى أن يقرر وجود أعذار معفية بدون نص قانونى ؛ لأن كل من ثبت إجرامه يتعين عقابه ما لم يوجد نص صريح يعفيه من العقاب، كما أنه إذا كان من حق سلطات التحقيق وقف الإجراءات وقفل التحقيق إذا ما تبين لها وجود سبب إباحة، أو أسباب لعدم المسئولية، فإنه ليس من حقها تقدير وجود الأعذار، ولو كانت معفية لأنه ليس من وظيفتها تطبيق العقوبة التى تعتبر مقصورة على المحكمة، إلا أن هذا الفرق يعترض عليه بأنه من العبث إحالة الدعوى على المحكمة لمجرد التقرير بإجرام المتهم، مادام العذر يعفيه من كل عقوبة أصلية.[٢]

١- نقض جنائى جلسة ١٧ نوفمبر ١٩٦٩ س ٢٠ ق رقم ٢٦٥ ص١٣٠٧ .
٢- أ.جندى عبد الملك: الموسوعة الجنائية-المرجع السابق ص٦٤٤ .

و هناك فارق أيضا بين الأعذار المعفية وأسباب الإباحة، فهى ذات طبيعة شخصية لا يستفيد منها إلا من توافرت فى حقه دون باقى شركائه فى الجريمة بخلاف أسباب الإباحة ؛ فإنها تمحو الجريمة ويستفيد منها جميع من اشتركوا في ارتكابها، وتشبه الأعذار المعفية - من بعض الوجوه - الدفوع الخاصة بعدم قبول الدعوى العمومية للتقادم أو العفو الشامل، لأن من شأنها رفض الدعوى العمومية نهائيا، غير أنها تختلف عنها فى النتيجة لأنه بينما تمنع الدفوع المشار إليها من الدخول فى بحث الدعوى وبالتالى توقف الإجراءات وتترك مسألتى وجود الجريمة ومسئولية المتهم معلقتين، فإن الأعذار المعفية تفيد على العكس من ذلك توافر الجريمة و المسئولية، وكل ما يترتب عليها من أثر هو الإعفاء من العقوبة.

٣- تختلف الأعذار المعفية من العقاب عن الأعذار المخففة فى أنها تقتضى الحكم ببراءة المتهم المتمتع بها، و ليس فحسب الحكم عليه بعقوبة مخففة، كما تختلف عنها فى أن الأعذار المعفية من العقاب مقررة لبعض الجنايات وبعض الجنح حين أن نظام الأعذار المخففة مقصور على بعض الجنايات دون الجنح.[١]

٤- تختلف الحكمة فى تقرير عذر معف من العقاب فى بعض الجرائم، وتتفاوت من جريمة إلى أخرى، فمثلا واقعة التبليغ عن جريمة الاتفاق الجنائي قبل وقوع أية جناية أو جنحة مهما كان موضوع الاتفاق (مادة ٤٨ عقوبات). والتبليغ عن الجنايات المخلة بأمن الدولة من الخارج(مادة ٨٤ مكرر عقوبات) والتبليغ عن جريمة الرشوة، فقد اتجه المشرع إلى إعفاء الراشى أو الوسيط من العقوبة إذا أخبر أيهما السلطات للجريمة أو اعترف بها (مادة ١٠٧ مكرر)، و ذلك لتسهيل اكتشاف هذه الجرائم وتشجيع العدول الاختيارى عنها، وهى ذات الحكمة التى من أجلها قرر الإعفاء من العقوبة عند التبليغ عن

١- د.رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام. المرجع السابق ص٣٠٢ وما بعدها.

جنايات تزييف المسكوكات قبل إتمامها و قبل الشروع فيها (مادة ٢٠٥)، بينما فى جرائم المخدرات (مادتي ٣٩، ٤٨ من القرار بالقانون ١٨٢ سنة ١٩٦٠) فإن مناط الإعفاء من العقاب قوامه فى الأولى المبادرة بالإخبار قبل علم السلطات بالجريمة، وفى الثانية أن يؤدى الإخبار إلى تمكين السلطات من ضبط الجناة، فإذا تمسك المتهم بالدفع بالإعفاء من العقاب استناداً للمادة ٤٨ القانون ١٦٢ لسنة ١٩٦٠، فلا يجوز للمحكمة رفض الدفع استناداً للرد عليه بالمادة ٤٨ من قانون العقوبات فى فقرتيها الأخيرة.

وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه " لما كان المطعون فيه قد اقتصر فى رده على الدفع بإعفاء الطاعن من العقاب، على موجب ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨ من قانون العقوبات دون أن تفطن المحكمة إلى مبنى ذلك الدفع ومرماه على النحو الذى أثاره الدفاع عن الطاعنة بمحضر المحاكمة، والوقائع التى تلت ضبط الطاعنة – و حصلها الحكم المطعون فيه فى مدوناته على السياق المتقدم – وأسفرت عن معرفة شخصية المتهمين الثانى والثالثة، وضبط المتهم الثانى، بناء على ما أدلت به الطاعنة من معلومات بخصوص هذين المتهمين، مما حجبها عن تطبيق القانون تطبيقا صحيحا على الدفع بالإعفاء من العقاب، و بحث موجباته على هدى من نص المادة ٤٨ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ ومدى توافر شروطه فى حق الطاعنة باعتباره النص القانونى الواجب التطبيق على الدفع بالإعفاء من العقاب في خصوصية هذه الدعوى. لما كان ما تقدم ؛ فإن الحكم المطعون فيه يكون فوق خطئه فى تطبيق القانون – معيبا بالقصور فى التسبيب الذى يوجب نقضه والإعادة".[1]

١- نقض جنائى جلسة ٧ ابريل سنة ١٩٩٣ س٤٤ ق٤٥ ص٣٣٤ ؛ وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بجلستها المنعقدة فى ٢يونيه ٢٠٠١ بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات بشأن الاتفاق الجنائى فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١١٤ لسنة ٢١ ق"دستورية" بما يترتب على ذلك من آثار منها التزام سلطات الدولة كافة بالحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا وهو ما يستلزمه القضاء ببراءة المتهمين المنطبقة عليهم شروط النص.

غير أن محكمة النقض قد قررت مبدأ آخر إذا تحققت موجبات الإعفاء بإخبار السلطات بالجريمة قبل وقوعها وعجزت السلطات عن القبض على الجناة ؛ إما لتقصير من الجهة المكلفة بتعقبهم أو إلى تمكنهم من الفرار، فقالت فى هذا الشأن: "إن القانون فى المادة ٤٨ من قانون المخدرات ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ لم يرتب الإعفاء بعد علم السلطات بالجريمة إلا بالنسبة للمتهم الذى يسهم إبلاغه إسهاما إيجابيا ومنتجا وجديا فى معاونة السلطات للتوصل إلى مهربى المخدرات، باعتبار أن هذا الإعفاء نوع من المكافأة منحها الشارع لكل من يؤدى خدمة للعدالة، فإذا لم يتحقق صدق التبليغ بأن كان غير متسم بالجدية، فلا يستحق صاحبه الإعفاء ؛ لانتفاء مقوماته، إلا أنه متى قام المتهم بالإفضاء بالمعلومات الجدية المؤدية إلى ذلك تحققت موجبات الإعفاء ولو عجزت السلطات عن القبض على سائر الجناة، سواء كان راجعا إلى تقصير الجهة المكلفة بتعقبهم والقبض عليهم أو إلى تمكنهم من الفرار، والفصل فى ذلك من شئون قاضى الموضوع مادام يقيم قضاءه على أسباب سائغة لها أصلها الثابت من عناصر الدعوى".[1]

٥- على العكس من الأعذار المعفية المحددة فى القانون، فإن الأعذار المخففة لم يستطع المشرع حصرها، فلم يجد بداً من تركها لفطنة القاضى.[2] وهذه الأعذار إما عامة يتسع نطاقها لجميع الجرائم أو أغلبها، ومثالها فى القانون المصرى صغر السن فيما بين الخامسة عشر والسادسة عشر، وبين السادسة عشر والثامنة عشر طبقا للمادتين ١١١، ١١٢ من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ اللتين حلتا محل المادة ١٥ من قانون الأحداث ٣١ لسنة ١٩٧٤ الذى كان يحدد نطاق العذر فى السن من ١٥ سنة حتى ١٨ سنة

١- نقض جنائى جلسة ١٦ أبريل سنة ١٩٩٤ س٤٥ ق٧٧ ص٤٨٨ .
٢- د. السعيد مصطفى السعيد : العقوبات - المرجع السابق ص٧٢٧، د.نجيب حسنى: القسم العام - العقوبات المرجع السابق ص٨٦٥ .

مطلقا، وإما خاصة كعذر الاستفزاز فى جريمة الزنا، ولم يتحدث تشريعنا العقابى عن أثر العواطف والانفعالات والإثارات فى المسئولية بوجه عام، مع أنها تنال بلا ريب من حرية الجانى فى الاختيار خصوصا عند الأشخاص الذين يتمتعون بطبيعة عصبية أو حساسية خاصة نحو أمر معين مع أن هذه الانفعالات لها قيمة خاصة فى تحديد مسئولية الجانى فى بعض المدارس العقابية، كالمدرسة الوضعية الإيطالية حيث ينبغى إدخالها فى الاعتبار عند التعرف على مدى توافر الخطورة الجنائية عند الجانى.[1]

ولم يقم المشرع معيارا لهذه الأعذار الخاصة التى تسمح بتخفيف العقاب إلا فى المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات التى تنص على أن "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى و من يزنى بها، يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤، ٢٣٦ عقوبات"، أى يعاقب بالحبس وهو عقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجنايات المقررة لجرائم القتل العمد والضرب المفضى إلى الموت، ويعد عذرا مخففا خاصا كذلك العذر المنصوص عليه فى المادة ٢٥١ عقوبات ؛ التى تجيز للقاضى - فى حالة تجاوز حدود حق الدفاع الشرعى إذا كان الفعل المرتكب يشكل جناية - أن يعد الجانى معذورا و يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة فى القانون وهى عقوبة الجناية، وكذلك العذر الذى نصت عليه المادة ٢٠٤ من قانون العقوبات . والتى أجازت للقاضى أن يخفف عقاب من يقبل بحسن نية عملة مقلدة أو مزيفة أو مزورة ثم يتعامل بها بعد علمه بعيوبها. ويترتب على الأعذار المخففة - المشار إليها - تخفيف العقوبة الأصلية وجوبا، ولكن لا تأثير لهذه الأعذار على العقوبة التكميلية ؛ إذ هى مرتبطة بالجريمة التى لا تتغير أحكامها بالعذر.

٦- لذات الاعتبارات المبينة بالأعذار يسمح القانون للقاضى عند توافر أى ظرف قضائى مخفف أن ينزل بعقوبة الجناية إلى حدود معينة ؛ ومن هذه

١- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص٢٩٩ وما بعدها.

الظروف ما قد يتصل بالحالة العاطفية أو الانفعالية التى يكون عليها الجانى، وهذه الحدود تسمح للقاضى المصرى أن ينزل بالعقوبة درجة واحدة أو درجتين عند تسليمه بتوافر ظرف من الظروف القضائية المخففة، وذلك بحسب نص المادة ١٧ عقوبات، وهذه السلطة فى التخفيف واسعة النطاق ومن شأنها أن تحقق عدالة العقاب إذا أحسن القاضى استخدامها ؛ ولكنها مع ذلك بحاجة إلى المزيد من التنظيم التشريعى لها، تنظيما يضع فى الاعتبار التفاوت الهائل فى درجة الإثم بين القاتل تحت تأثير سورة الغضب أو الانفعال، والقاتل عن إصرار سابق ؛ فالاعتداء فى الصورة الأخيرة يكشف عن درجة الإثم والخطورة الإجرامية، على خلاف الاعتداء فى الصورة الأولى التى تتطلب تقديرا من القاضى لظروف المتهم، والباعث الذى دفعه إلى الاعتداء.

والظروف المخففة فى القانون المصرى لا تكون طبقا للمادة ١٧ عقوبات إلا فى الجنايات فقط، ولا وجود لها فى المخالفات، ومما ينبغى ملاحظته أن الظروف المخففة شخصية وخاصة بكل متهم ؛ ويترتب على ذلك أن يقبل الظروف المخففة بالنسبة للفاعل الأصلى ويرفضها بالنسبة للشريك والعكس. وإذا قبلها بالنسبة للفاعل والشريك معا، فله أن يعاقب الشريك بعقوبة أشد من عقوبة الفاعل، كما يجوز له أن يبحث مسألة الظروف المخففة بالنسبة لكل متهم على حدة، ويجوز له أن يبحثها بالنسبة للمتهمين جميعا دفعة واحدة، وإذا كانت الدعوى تتناول عدة تهم يجوز للقاضى أن يقرر وجود الظروف المخففة بالنسبة لمجموع هذه التهم، كما يجوز له أن يتخذ فى شأن كل منها قرارا مستقلا، وفى الحالة الأخيرة لا يكون التخفيف بالنسبة للتهم التى قبلت فيها الظروف المخففة.[1]

١- الأستاذ جندى عبد الملك: الموسوعة الجنائية-المرجع السابق ص٦٧٤ وما بعدها. د.رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص٣٠١ .

٢٧٥- الآثار الإجرائية المترتبة على التمسك بالدفع بتوافر عذر أو ظرف مخفف توافرت شروطه:

١- تكييف العذر القانونى سواء كان مخففا أم معفيا من العقاب مسالة قانونية، ولا شبهة فى ذلك، لأنه يتطلب رد الواقعة التى تقتضى تطبيقه إلى أصل معين من نصوص القانون واجب التطبيق عليها. فيدخل فى إشراف محكمة النقض تحديد عناصر العذر كما تتطلبها النصوص، ويعتبر الخطأ فيها خطأ فى تطبيق القانون، أو فى تأويله بحسب الأحوال مما تملك تصحيحه بنفسها، والقضاء بالعقوبة المخففة أو القضاء ببراءة الطاعن لتوافر العذر المعفى بعد إدانته خطأ من محكمة الموضوع.

٢- أما تقدير توافر العذر من عدم توافره، فهو مسألة واقع وموضوعية تخضع لرأى محكمة الموضوع نهائيا، فهى لها وحدها أن تستنتج ثبوت هذه الواقعة المادية أو عدم ثبوتها فى حق من قد يدفع بتوافرها بالنسبة له، أو من قد يثبت توافرها بالنسبة له ولو بغير حاجة إلى دفع، لأن تطبيق القانون واجب على المحكمة ولو بغير طلب من الخصوم كما سلف القول، على أن ذلك لا يعنى أن الدفع بتوافر عذر قانونى من النظام العام ؛ إذ أنه من الدفوع الموضوعية التى لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض ما لم يكن قد أبدى أمام محكمة الموضوع.

وفى ذلك قالت محكمة النقض "من المقرر أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بتقصى أسباب إعفاء المتهم من العقاب إلا إذا دفع بذلك أمامها، فإذا هو لم يتمسك أمام المحكمة بسبب الإعفاء فلا يكون له أن ينعى على حكمها إغفاله التحدث عنه، وإذ كان الثابت أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بحقه فى الإعفاء من العقوبة إعمالا لنص المادة ٤٨ من القانون ١٦٢ سنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها ؛ فليس له من بعد أن يثيره لأول مرة أمام محكمة النقض، ولا أن ينعى على الحكم قعوده عن

التحدث عنه، كما هو الشأن فى الدعوى المطروحة".[1]

غير أن هناك جانبا من الفقه يرى أن الدفع بتوافر عذر قانونى سواء معف أو مخفف من النظام العام لاتصالها بالمسئولية الجنائية فى أسباب قيامها أو انتفائها بحسب الأحوال.[2]

غير أننا لا نساير هذا الرأى فيما انتهى إليه لما سبق إيضاحه سلفا فى خصوص هذا الدفع ؛ ولأن أحكام محكمة النقض المصرية اضطردت على اعتباره غير متعلق بالنظام العام، وهى على صواب فيما انتهت إليه، خاصة وأن هذا الرأى قد انتهى فى النهاية إلى أنه يجب إبداء الدفع بتوافر عذر أمام محكمة الموضوع، ولا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، وهو ما يتفق وسائر الدفوع الموضوعية التى لا تتعلق بالنظام العام، والتى يجب عرضها أولا على محكمة الموضوع.

٣- على الرغم من عدم تعلق الدافع بتوافر عذر قانونى بالنظام العام ؛ إلا أن ذلك لا ينفى عنه صفته كدفع جوهرى يتعين أن تعرض له المحكمة و تقول كلمتها فيه بأسباب سائغة، وإلا كان حكمها قاصرا قصورا يوجب نقضه.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد استلزم - كى يتحقق موجب الإعفاء - فى الإخبار عن جريمة إحراز مخدرات أن يصدر الإخبار قبل كشف نشاط الطاعن فى الاتجار فى المواد المخدرة، وأن يصدر الإخبار عن صفقة لم يتم إبرامها مع المتهم الآخر، و ألا تكون فى مرحلة تمام التنفيذ، فإنه يكون قد استحدث شروطا للإعفاء لم يوجبها القانون ؛ بما يصمه بالقصور".[3]

١- نقض جنائى جلسة ٢ مارس ١٩٨٨ س٣٩ ق٥٤ ص٣٦٩، جلسة ١٧ يناير ١٩٨٩ س٤٠ ق١٠ ص٨١ .

٢- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام - المرجع السابق ص٣٠٤ .

٣- نقض جنائى جلسة ١١ ديسمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٨٩ ص١٣٠٨ .

٤- أما عن الظروف المخففة، فقد ترك الشارع الظروف القضائية المخففة لتقدير قاضى الموضوع تركا كليا، فهى ظروف موضوعية يقدر القاضى توافرها، ثم يرتب الأثر الذى يريد ترتيبه عليها فى نطاق نص القانون، بمقتضى سلطته التقديرية الواسعة ؛ إذ قد يتفاوت فيها النظر تفاوتا كبيراً بحسب ظروف كل دعوى، ونظرة القاضى إلى اعتبارات الواقع وتقديره الشخصى لها، ومن ثم يجب إبداء الدفع بتوافر ظرف مخفف أمام محكمة الموضوع، فلا يثار هو الآخر أمام محكمة النقض لعدم تعلقه بالنظام العام. ولكن كل ما تملكه محكمة النقض حيال الدفع هو التأكد من تمكين صاحب الشأن من إبداء دفاعه فى حرية كافيه، أما إغفال الحكم الرد على الدفع ؛ فلا يعد حتى قصورا فى تسبيب الحكم، و فى ذلك تختلف الظروف القضائية عن الأعذار القانونية، لأن القانون حدد عناصر الأخيرة تحديدا واضحا و ملزما للقاضى متى رأى تطبيق مادة العذر القانونى وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن"الدفع المثار لا يعد -فى صحيح القانون - عذرا معفيا من العقاب : بل هو دفاع لا يعدو أن يكون مقرونا بتوافر ظرف قضائى مخفف، يرجع مطلق الأمر فى إعماله أو إطراحه لمحكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض."[1]

والدفع سواء بتوافر عذر قانونى أو ظرف قضائى ؛ دفع أولى بحسب المعيار الذى سرنا على نهجه فى البحث، تأسيسا على أن المحكمة التى تفصل فى الدعوى تفصل فى الدفع أيضا.

١- نقض جنائى جلسة ٦فبراير ٢٠٠٠ - الطعن رقم ٢٣٨٩٩ لسنة ٦٨ ق سالف الإشارة إليه.

المبحث الرابع
الدفوع التى تهدف إلى انتفاء مشروعية أدلة الجريمة و صحتها

٢٧٦- تمهيد:

الأدلة كما تنقسم لأدلة مادية و نفسية ؛ تنقسم إلى دليل على جريمة وإلى دليل إدانة بهذه الجريمة.[١] وواضح أن دليل الإدانة لا يمكن أن يتوافر بدون أن يكون قد وجد قبله دليل الجريمة، لأنه لا إدانة حيث لا جريمة ؛ بينما دليل الجريمة يمكن وجوده بدون دليل على إدانة شخص معين هو الذى يحمل وزرها. ولوجود دليل الإدانة لابد من توافر عناصر ثلاثة، الأول: هو وجود

١- د.رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية" تأصيلا وتحليلا" سابق الإشارة إليه ص٦٦٨ وما بعدها. حيث يرى أن الدليل هو أثر منطبع فى نفس أو فى شىء، أو متجسم فى شىء ينجم عن جريمة وقعت فى الماضى أو تقع فى الحاضر وعلى شخص معين، وتنتمى هذه الجريمة إلى سلوكه. أما الأثر المنطبع فى نفس فمن قبيله انطباعات الوعى والإدراك لدى شاهد رأى الجريمة ومقترفها رأى العين ساعة اقترافها ؛ ويسمى هذا بالدليل النفسى لأن وعاءه نفس بشرية هى نفسية من شاهد الجريمة ومرتكبها. والأثر المنطبع فى شىء من قبيله بصمة الجانى ؛ إذ تتخلف من أصابعه على جسم لمسه أو أمسك به. وأما الأثر المتجسم فى شىء فمثاله المخدر أو النقد المزيف إذ يوجدان فى حيازة إنسان. ودلالة الدليل تتفاوت من حيث القوة الدافعة فتكون هذه القوة أوفر فى الدليل المادى منها فى الدليل النفسى. وذلك أن الدليل النفسى قابل لمؤثرات تنال من صفاته، وقد تفضى به إلى شهادة كاذبة أو اعتراف كاذب. وهذه المؤثرات تكون ضغطا أو إكراها أو وعداً أو وعيداً أو مكافأة. وقد أقام القانون وزنا لمثل هذه المؤثرات حين نص فى المادة ٣٠٢ إجراءات جنائية على أن "كل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد يهدر ولا يعول عليه". وهذا الدليل النفسى أو المعنوى ؛ لا وجود لمثله وبذات القدر فى الدليل المادى ؛ ما لم يكن هذا الدليل مصطنعا هو الآخر.

الدليل على جريمة وقعت، والثانى: هو الكشف عن شخص من وقعت منه هذه الجريمة، والثالث: هو الكفاية الذاتية لهذا الكشف دون افتقار إلى مصدر آخر. فلابد من هذه العناصر الثلاثة مجتمعة كى يتكون منها دليل الإدانة.

٢٧٧-بعض الدفوع الموضوعية المتصلة بمشروعية أدلة الجريمة:

وهناك من الدفوع الموضوعية ما هو متصل بمشروعية أدلة الجريمة، ولا يقع تحت حصر نذكر منها على سبيل المثال بعض الأنواع:

كالدفع باستحالة الرؤية بسبب الظلام، والدفع بتلفيق التهمة والدفع بشيوعها والدفع بتعذر تحديد الضارب، والدفع بارتكاب الجريمة بمعرفة متهم آخر ؛ وغير ذلك من الدفوع التى يجمع بينها جميعا تعريف محكمة النقض لها بأنها "دفوع موضوعية "لا تجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض، وهى وإن كانت دفوع قانونية إلا أنها لا تتعلق بالنظام العام باعتبارها دفوع قانونية يخالطها الواقع. ولا تلتزم المحكمة بالرد عليها استقلالا طالما أنها أقامت قضاءها على ما يحمله من أدلة أخرى لها أصلها الثابت فى الأوراق ولا يجادل فيها المتهم.

وفى هذا المعنى نجد محكمتنا العليا تقرر ما يلى:

"لما كان الدفع بشيوع التهمة أو بأنها ملفقة على المتهم هو من الدفوع الموضوعية التى لا تستلزم من المحكمة ردا خاصا اكتفاء بما تورده من أدلة الإثبات التى تطمئن إليها، وكانت المحكمة قد أقامت قضاءها على ما اقتنعت به من أدلة لا يمارى الطاعن فى أن لها اصلها الثابت فى الأوراق، وكان استخلاصها سائغا ؛ وفيه الرد الضمنى برفض ما يخالفها ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ؛ فإن النعى على الحكم فى هذا الصدد يكون غير سديد".[1]

١- نقض جنائى جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٨٥ س ٣٦ ق ٢٠٣ ص ١١٠١ ، جلسة ١٥ مايو ١٩٨٦ س٣٧ ق ١٠٩ ص ,٥٥٣ جلسة ٣ يناير س ١٩٨٨ س ٣٩ ق ١ ص ٤٩ ، جلسة ١٧ أبريل ١٩٨٨ س ٣٩ ق ٩٣ ص ٦٢٧، جلسة ١٧ نوفمبر ١٩٨٨ س ٣٩ ق ١٦٣ ص ١٠٧٤ ،١ ديسمبر ١٩٨٨ س ٣٩ ق ١٨٣ ص ١١،١١٨٥ ديسمبر ١٩٩٦س ٤٧ ق ١٨٩ ص ١٣٠٨ .

كما قضت بأنه" من المقرر أن الدفع بتلفيق التهمة من اوجه الدفاع الموضوعية التى لا تستوجب ردا صريحا. بل إن الرد يستفاد من أدلة الثبوت السائغة التى أوردها الحكم ومن ثم يكون هذا الوجه من النعى على غير أساس".[1]

وبأن "الدفع بتعذر تحديد الضارب يعد من اوجه الدفاع الموضوعية التى لاتستوجب فى الأصل من المحكمة ردا صريحا ما دام الرد مستفادا ضمنا من القضاء بالإدانة استنادا إلى أدلة الثبوت التى يوردها الحكم ؛ وكان تقدير أدلة الدعوى من إطلاقات محكمة الموضوع التى لها أن تكون عقيدتها من كافة عناصر الدعوى المطروحة على بساط البحث مادام استخلاصها سائغا مستندا إلى أدلة مقبولة فى العقل والمنطق ولها اصلها الثابت فى الأوراق".[2]
وبأن "الدفع بعدم قدرة المجنى عليه على التكلم بتعقل عقب إصابته ؛ دفع موضوعى وجوهرى ويتعين على المحكمة تحقيقه ولو سكت الدفاع عن المطالبة به صراحة".[3]

كما قضت بأن "الدفع بكيدية الاتهام من أوجه الدفاع الموضوعية التى لاتستوجب فى الأصل من المحكمة ردا صريحا مادام الرد مستفادا ضمنا من القضاء بالإدانة استنادا لأدلة الثبوت التى أوردها الحكم".[4]

١- نقض جنائى جلسة ٢٩ ديسمبر ١٩٨٠ س ٣١ ق ٢١٩ ص ١١٤٢، ٤ نوفمبر ١٩٨١ س ٣٢ ق ١٤١ ص ٨١٣ 11 ,نوفمبر ١٩٨١ س ٣٢ ق ١٤٩ ص ٨٦٧، ٧ديسمبر ١٩٨٢ س ٣٣ ق ١٩٨ ص ٩٥٤، ٢٤ يناير ١٩٨٥ س ٣٦ ق ١٩ ص ١٤٦، ٢٢ أكتوبر ١٩٨٧ س ٣٨ ق ١٥٢ ص ٨٤٨، ١١ ديسمبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٩٠ ص ١٣٢٦ .

٢- نقض جنائى جلسة ٢٤ابريل ١٩٨٤ س ٣٥ ق ١٠٢ ص ٤٥٦ ، ١٠ فبراير ١٩٨٨ س ٣٩ ق٣٥ ص ٢٦٩ ، جلسة ٧ ابريل ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٦٦ ص ٤٦٦ .

٣- نقض جنائى جلسة ٤ يوليو ١٩٩٣ س ٤٤ق ١٠٠ ص ٦٥٢ .

٤- نقض جنائى جلسة ١٩ أكتوبر ١٩٩٤ س ٤٥ ق ١٣٧ ص ٨٧٩ .

وأن "الدفع باستحالة الرؤية بسبب الظلام ؛ أو بتعذرها وعدم الوجود على مسرح الحادث هو من أوجه الدفاع الموضوعية التى لا تستوجب فى الأصل من المحكمة ردا صريحا مادام الرد مستفادا ضمنا من القضاء بالإدانة ؛ استنادا إلى أدلة الثبوت التى يوردها الحكم، ومن ثم فإن ما ينعاه الطاعنون على ذلك يكون فى غير محله".[1]

وأن "النعى بالتفات الحكم عن دفع الطاعن بعدم ارتكابه الجريمة ؛ وأن مرتكبها هو شخص آخر مردود بأن نفى التهمة من أوجه الدفاع الموضوعية التى لاتستأهل ردا طالما كان الرد عليها مستفادا من أدلة الثبوت التى أوردها الحكم، هذا إلى أنه بحسب الحكم كى ما يتم تدليله ويستقيم قضاؤه أن يورد الأدلة المنتجة التى صحت لديه على ما استخلصه من وقوع الجريمة المستندة إلى المتهم، ولا عليه أن يتعقبه فى كل جزئية من جزئيات دفاعه ؛ لأن مفاد التفاته عنها أنه أطرحها، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الدليل، ومن سلطة محكمة الموضوع فى وزن عناصر الدعوى واستنباط معتقدها وهو ما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض".[2]

وأنه "من المقرر أن القانون لم يجعل لإثبات كذب الوقائع المبلغ عنها طريقا خاصا، ومن ثم - وبفرض دفع الطاعن فى مذكرته المصرح له بها بتقديمها - بعدم جواز الإثبات بالبنية ؛ فإنه لا يعيب الحكم إغفاله الرد على هذا الدفع لظهور بطلانه".[3]

---

١ - نقض جنائى جلسة ٢٤ أبريل ١٩٨٠ س ٣١ ق ١٠٦ ص ٥٥٥ ، ٢٨ نوفمبر ١٩٨١ س ٣٢ ق ١٧٤ ص ٩٩٧ ، ١٩ نوفمبر ١٩٨٦ س ٣٧ ق ١٧٣ ص ٩٠٤ ، ٢٣ سبتمبر ١٩٩٨ ط رقم ٢٠٠٠١ س ٦٦ ق لم ينشر بعد، ١٤ديسمبر س ١٩٩٤ س ٤٥ ق ١٨٥ ص ١١٧٢ .

٢- نقض جنائى جلسة ٢٥ نوفمبر ١٩٨٠ س ٣١ ق ١٢٨ ص ١١٣٢ ، جلسة ٢ مايو ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٧٩ ص ٥٦٥ .

٣- نقض جنائى جلسة ١١ يناير ١٩٧٩ س٣٠ ق٩ ص٦٠، جلسة ١ ديسمبر ١٩٩٥ س٤٦ ق١٩٢ ص١٢٧٠ .

وأن "الدفع بتعذر الرؤية و تحديد الضارب أو بتلفيق التهمة من الدفوع الموضوعية التى لا تستوجب فى الأصل رداً صريحاً من الحكم ؛ ما دام الرد مستفادا ضمنا من القضاء بالإدانة استنادا إلى أدلة الثبوت التى أوردها، ومن ثم فإن منازعة الطاعن فى القوة التدليلية لأقوال المجنى عليه بدعوى تعذر رؤيته لضاربه من الخلف ينحل إلى جدل موضوعى فى تقدير الدليل، بما لا يقبل إثارته أمام محكمة النقض".[1]

وبأنه "لا يؤثر فى قيام جريمة الرشوة أن تكون قد وقعت نتيجة تدبير لضبطها وألا يكون الراشى جادا فيما عرضه على المرتشى، متى كان عرض الرشوة جديا فى ظاهره وكان الموظف قد قبلة بقصد تنفيذ ما اتجه إليه فى مقابل ذلك من القيام بعمل من أعمال وظيفته. و يكون النعى على الحكم بأنه لم يرد على الدفع بأن الجريمة تحريضية غير سديد، و لا على المحكمة إن أغفلت الرد على هذا الدفع ؛ لأنه دفع قانونى ظاهر البطلان".[2]

غير أن أهم هذه الدفوع الموضوعية التى تهدف لانتفاء أدلة الجريمة على الإطلاق ؛ هو الدفع بالبطلان، لتعلقه بانتفاء صحة الدليل، و من ثم فإننا نتعرض بداءة لشروط صحة الدليل ثم للوسيلة التى تهدر بها هذه الصحة ؛ و هو الدفع بالبطلان .

٢٧٨- شروط صحة الدليل:

دليل الإدانة المشار إليه قد يكون قانونيا، و قد يكون غير قانونى. ويلزم لكى يكون الدليل قانونيا أن يكون مصدره مشروعا. ومصدر الدليل هو الإجراء

١- نقض جنائى جلسة ١٢ يونيو ١٩٨١ س٣٢ ق١١٦ ص٦٠٢، جلسة ٨يناير ١٩٧٩ س٣٠ ق٦ ص٤١، جلسة ٧ أبريل ١٩٩٦ س٤٧ ص٤٦٦ سالف الإشارة إليه.

٢- نقض جنائى جلسة ١٨ فبراير ١٩٨٨ س٢٩ ق٤٤ ص٣١٦، جلسة ٢١ أبريل ١٩٩٤ س ٤٥ ق٩٠ ص٥٨٤ .

أو "العمل الإجرائى". فقد حدد الشارع - صراحة أو ضمناً - شروط صحته، ورتب البطلان جزاء لتخلفها كلها أو بعضها.

وهذه الإجراءات هى مكونات الدعوى، إذ الدعوى "مجموعة من الإجراءات المتتابعة التى تتعاقب وفق نظام يحدده القانون، و تتطور بها الدعوى من مرحلة إلى أخرى حتى تنتهى بالحكم البات الفاصل فى موضوعها".[1]

و الإجراء على هذا النحو هو عمل له دور قانونى فى تحريك الدعوى وسيرها فى مراحلها المتعاقبة، و هو من حيث دوره القانونى ينقلها من مرحلة إلى أخرى حتى تسير فى طريق تطورها الذى يرسمه لها القانون، وتنقضى فى النهاية بالحكم البات، وثمة قواعد عامة تخضع لها الإجراءات، فالأصل فيها الصحة، أى أنه يفترض فى كل إجراء أنه قد استوفى جميع شروط صحته، ولا يعدل عن هذا الأصل إلا إذا ثبت على وجه يقينى انتفاء أحد هذه الشروط. وعلة هذا الافتراض أن الأصل فيمن يباشر إجراء أن يطابق فى شأنه حكم القانون، ويوفر له عناصر صحته. فإذا انعدمت موجبات صحة هذا الإجراء كان الجزاء لذلك هو "البطلان" والوسيلة هى "الدفع به".

ويرتبط بذلك أن البطلان لا يتقرر من تلقاء نفسه ؛ وإنما يتعين أن ينطق به القضاء. والأصل فى الإجراء أنه عمل شكلى، وشروط صحته شروط شكلية. غير أننا حينما نتعرض للدفع بالبطلان فى تطبيقاته المتعلقة بإجراءات الاستدلال والتحقيق سوف نتعرف من خلالها أن الدفع بالبطلان فى هذه الحالات ذو طبيعة موضوعية على ما سيرد بيانه فى حينه. ومن ثم فإننا سوف نعرض للدفع بالبطلان فى هذا المبحث - على وجه الخصوص ضمن الدفوع الموضوعية المشار إليها سلفا والمتعلقة بمشروعية الأدلة - فى صورة مجملة، وأحكامه وقواعده ؛ ثم نعرض بعد ذلك لتطبيقات الدفع المختلفة، ونتلوه ببيان

١- د. نجيب حسنى: شرح قانون الإجراءات - المرجع السالف الإشارة إليه ص٣٤١ و ما بعدها.

أهم الدفوع المتعلقة بصحة الدليل وذلك فى ثلاثة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول : الدفوع التى تهدف إلى انتفاء مشروعية الأدلة (الدفع بالبطلان).

المطلب الثانى : تطبيقات الدفع بالبطلان.

المطلب الثالث : الدفوع التى تهدف إلى انتفاء صحة الدليل. (الدفع بالتزوير وتطبيقاته)

المطلب الأول
الدفوع التى تهدف إلى انتفاء مشروعية الأدلة
(الدفع بالبطلان)

٢٧٩- تمهيد:

البطلان هو جزاء إجرائى يترتب على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأى إجراء جوهرى[(١)] والوسيلة فى ذلك هى الدفع به، ويستوى أن تكون الأحكام المتعلقة بالإجراء الجوهرى تتعلق بمضمون وجوهر الإجراء أو كانت تتعلق بالشكل الذى يصاغ فيه. كما يستوى أن تكون هذه الأحكام قد وردت بقانون الإجراءات الجنائية أو وردت بقانون العقوبات. وقد نظم المشرع البطلان كجزاء إجرائى فى الفصل الثانى عشر من الباب الثانى من قانون الإجراءات ؛ وذلك فى المواد ٣٣١ وما بعدها.

١- د. احمد فتحى سرور: "نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية" رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٥٩ ص ١١١، د. نجيب حسنى: الإجراءات المرجع السابق بند ٣٦٨ ص ٣٣٧ وما بعدها، د. مأمون سلامة: الإجراءات - المرجع السابق ط ١٩٨٠ ص ٩٧٧، د. رءوف عبيد: الإجراءات - المرجع السابق ص ٤٠٦، د. توفيق الشاوى: فقه الإجراءات الجنائية - المرجع السابق ص ٤٣٧، أ. محمد كامل إبراهيم المحامى: نظرية البطلان فى قانون الإجراءات ط ١٩٨٩ ص ٤٢ .

وتقتضينا الدراسة فى هذا المطلب بيان المذاهب التشريعية التى ظهرت فى بطلان العمل الإجرائى وموقف الشارع فى كل من مصر وفرنسا من مذاهب البطلان ومعيار التمييز بين البطلان والجزاءات الإجرائية الأخرى، ومحل البطلان وحالاته ؛ ثم الآثار الإجرائية المترتبة على التمسك بهذا الدفع.

٢٨٠ - المذاهب التشريعية التى ظهرت فى بطلان العمل الإجرائى:

يصادفنا فى هذا الشأن مذهبان فى تنظيم السياسة الإجرائية للبطلان:

أولا: مذهب البطلان القانونى: يقوم هذا المذهب على مبدأ "لا بطلان بغير نص، ويستند إلى أن الشارع يحدد على سبيل الحصر حالات البطلان، فيبين القواعد التى يريد تقرير البطلان جزاء لمخالفتها بالنص على ذلك صراحة، ويتفرع عن ذلك أنه لا يجوز للقاضى أن يقرر البطلان جزاء لمخالفة قاعدة لم يقرر الشارع لها هذا

الجزاء، ولا يجوز له كذلك أن يمتنع عن تقرير البطلان حيث يكون الشارع قد قرره. ويتميز هذا المذهب بالوضوح والتحديد وقلة الخلاف فى الرأى حول نصيب الإجراء من الصحة أو البطلان لان السلطة التقديرية للقاضى مستبعدة فى تطبيقه، ولكن يعيب هذا المبدأ استحالة تحديد حالات الإجراء المعيبة التى يتعين على القاضى فيها أن يقضى بالبطلان، كما قد يتبين له أثناء التطبيق أن القانون يقر حالة للبطلان ثم يتبين أثناء التطبيق وبالنظر إلى الظروف الواقعية لهذه الحالة ألا مقتضى لهذا البطلان ؛ وأن ثمة جزاء أقل منه.[1]

ثانيا: مذهب البطلان الذاتى: وجوهر هذا المذهب هو اعتراف المشرع للقاضى بسلطة تقديرية فى تحديد القواعد التى يترتب على مخالفتها البطلان، وتمييزها عن القواعد التى لا يبطل الإجراء المخالف لها. ويقوم على التفرقة بين

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات - المرجع السابق ص ٣٣٩ .

القواعد الإجرائية الجوهرية والقواعد الإجرائية غير الجوهرية[1] وتقرير البطلان كجزاء لمخالفة الأولى دون الثانية، ويتميز هذا المذهب بالمرونة وقياس الجزاء على قدر أهمية القاعدة وجسامة المخالفة، بالإضافة إلى ما ينطوى عليه من ثقة فى القضاء واعتراف بالسلطة التقديرية له ؛ ولكن يعيب هذا المبدأ صعوبة التمييز بين ما هو من القواعد الإجرائية جوهرى، فيترتب على مخالفتها البطلان، وما لا يعد جوهريا فلا يرتب مخالفته البطلان، وتحت التسمية الأولى ما هو متعلق بالنظام العام فيرتب البطلان المطلق، وما لا يتعلق به فيرتب البطلان النسبى، وهو ما يعنى نوعا من الغموض يحيط بتطور الدعوى ومصيرها.[2]

٢٨١- موقف قانون الإجراءات الجنائية المصرى:

باستقراء القواعد المنظمة للبطلان فى التشريع المصرى نجد أنه اخذ بمذهب البطلان الذاتى. ووفقا لهذا المذهب ميز الشارع بين مخالفة القواعد الإجرائية الجوهرية ومخالفة القواعد الإجرائية غير الجوهرية ؛ وجعل البطلان جزاء الأولى دون الثانية، فنص فى المادة ٣٣١ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه "يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأى إجراء جوهرى" لذلك فإن البحث فى أسباب البطلان يجب أن يدور وجودا وعدما حول تكييف كل إجراء من الإجراءات، من حيث كونه جوهريا أو غير جوهرى. فالمشرع الجنائى لم يحدد الإجراء الجوهرى، وهو ذات اتجاه المشرع فى قانون المرافعات المدنية والتجارية حينما نص فى المادة ٢٠ مرافعات على أن "يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه" ؛ وفى فقرته الثانية على أن "الإجراء يكون باطلا إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء"، مما يوحى إقراره مذهب البطلان الذاتى بالمعنى المشار إليه.

١- Garraud, 111, no. 1096 p. 421 op. cit.

٢- د. نجيب حسنى: الإجراءات الموضع السابق ص ٣٢٩ .

وإذا كـان المشـرع لم يحـدد المقـصـود بالإجراء الجـوهرى وتركـه للفـقـه والقـضـاء يستنبطه مـهتـديا فى ذلك بالحكمة التى تقف وراء كل قـاعدة تقـرر إجـراء مـعينا ؛ فقـد اجتـهد الفقـه والقضـاء فى وضـع مـعيـار لهذا الإجـراء الجوهرى الذى يرتب مـخالفته البطلان، استـهداء بما ورد بالمذكرة التفسيرية لقانون الإجراءات الجنائية فى شأن تفسير البطلان الوارد بالمادة ٣٣١، فذهب جـانب من الفـقـه[١] إلى الربط بين فكرة الإجـراء الجـوهرى وفكرة الشـرعـيـة الإجرائية وقرينة البراءة ؛ ورتب على ذلك أن الشكل الجوهرى هو الذى يتوقف عليه تحديد الغاية من الإجراء الذى يتمثل فى الحفاظ على قرينة البراءة، ومن ثم فإن كل إجراء يلقى على الدولة بواجب الحرص على تطبيق شرعية القانون لصالح الفرد والمجتمع مـعا ؛ بحيث أن مخـالفته تؤدى إلى البطلان. وساق مثالا لذلك أن اشتراط دعوة محامى المتهم الحضور قبل الاستجواب هو تأكيد لحقه فى الدفاع المترتب على قرينة البراءة، وإذا لم يراع فإنه يرتب البطلان.

فى حين ذهب جـانب آخر من الفـقـه[٢] إلى أنه يمكن استـخلاص ما إن كان الإجراء جوهريا من عدمه، إذا كان القانون قد نص على إجراءات جوهرية بعينها على سبيل المثـال؛ كالقـواعد الخـاصـة بإجراءات جمع الاستـدلالات والتحقيق الابتدائى والتحقيق النهائى. ورتب عليها البطلان بصرف النظر عما إن كان هذا البطلان مطلق أم نسبى.

أما بالنسبة للقضـاء فقد ردد ما ذهبت إليه المذكرة الإيضـاحية واستند فى بيان الإجراء الجوهرى إلى معيار المصلحة العامة، ومصالح الخصوم لتحديد الضـابط المميز لهذا الإجراء، وتطبيقـا لذلك قضت مـحكمة النقض بأن "النص

١- د. احمد فتحى سرور: الإجراءات. المرجع السابق ص ٤٢٨ .

٢- الأستاذ/ محمد كامل إبراهيم المحامى: النظرية العامة للبطلان فى الإجراءات الجنائية - المرجع السابق ص ٥٤٣ وما بعدها.

فى المادة ٣٣١ من قانون الإجراءات الجنائية على أن]يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأى إجراء جوهرى [يدل فى صريح لفظه وواضح معناه أن الشارع يرتب البطلان على عدم مراعاة أى إجراء من الإجراءات الجوهرية التى يقررها دون سواها، وإذ كان ذلك، وكان الشارع لم يورد معيارا ضابطا يميز به الإجراء الجوهرى عن غيره من الإجراءات التى لم يقصد بها سوى الإرشاد والتوجيه للقائم بالأجراء ؛ فإنه يتعين لتحديد ذلك الرجوع إلى علة التشريع، فإذا كان الغرض من الإجراء المحافظة على مصلحة عامة أو مصلحة المتهم أو غيره من الخصوم ؛ فإن الإجراء يكون جوهريا ويترتب البطلان على عدم مراعاته، أما إذا كان الغرض منه هو مجرد التوجيه والإرشاد للقائم به، فلا يعد جوهريا ولا يترتب البطلان على عدم مراعاته".[١] ومن ذلك يتضح أن محكمة النقض فرقت بين ما يعد من الإجراءات الجوهرية ورتبت على مخالفته البطلان، ومالا يعد جوهريا ويقتصر على كونه تنظيميا فلا يرتب البطلان، وقد استقر الفقه[٢] على ذلك أيضا بمراعاة الضوابط التالية:

٢٨٢- ضوابط البطلان:

أ) ضابط المصلحة العامة فى حسن سير الجهاز القضائى: بمعنى أن جميع الإجراءات المتعلقة بحسن سير هذا الجهاز من أجهزة الدولة تعتبر إجراءات جوهرية يجب مراعاة أحكامها وإلا ترتب على المخالفة البطلان. ومن أجل ذلك نجد أن الإجراءات المتعلقة بحق النيابة فى الدعوى الجنائية ومباشرتها وتمثيلها أمام القضاء تعتبر إجراءات جوهرية، كما أن القواعد المتعلقة بتشكيل المحاكم من حيث عدد أعضائها وصفاتهم وولايتهم لنظر

١- نقض جنائى جلسة ١٤ يونية ١٩٥٢ س ٣ ق ٤١٣ ص ١١٠٣ ، جلسة ٨ يونية ١٩٨٩ س ٤٠ ق ١٠٥ ص ٦٢٦، جلسة ١١ مارس ١٩٩٠ س ٤١ ق ٨٧ ص ٥٢٦ .

٢- د. نجيب حسنى: الإجراءات - المرجع السابق ص ٣٤٥ وما بعدها، د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص ٩٧٩ وما بعدها، د. احمد فتى سرور: الإجراءات - المرجع السابق ص ٥١٢ وما بعدها.

الدعوى والحكم تعتبر قواعد جوهرية وكذلك اختصاص المحاكم من حيث الجريمة، وكذلك فيما يتعلق بولاية القضاء بالحكم فى الدعاوى التى ترفع إليه.

ب) **ضابط مصلحة الخصوم:** ويعتبر الإجراء جوهريا إذا كان قد نص عليه المشرع لمصلحة الخصوم فى الدعوى الجنائية. ذلك أن مصلحة الخصوم هى من المصالح الجوهرية التى يحرص المشرع على حمايتها فى الدعوى الجنائية تحقيقا للعدالة على أن ذلك لا يجب أن يختلط بالضابط السابق المتعلق بالمصلحة العامة. فمصلحة الخصم تأتى فى المرتبة الثانية، ويترتب على هذه التفرقة أثرا من حيث التمسك بالبطلان والحكم به، وعلى ذلك تعتبر إجراءات جوهرية لتعلقها بمصلحة الخصوم تلك الخاصة بحضورهم إجراءات التحقيق وإعلانهم بالحضور، كما يعتبر كذلك جميع الإجراءات المتعلقة بإعلان الأوامر والقرارات والأحكام.

ج) **ضابط احترام حقوق الدفاع:** وقد نص المشرع على إجراءات معينة كفالة لحق المتهم فى الدفاع عن نفسه ونفى التهمة المنسوبة إليه، وتفنيد أدلة الثبوت المقدمة ضده. ولا شك أن هذه الإجراءات تعتبر جوهرية لتعلقها بمصلحة أساسية للمتهم. ومنها ما أوجبه المشرع من وجود محام للدفاع عن المتهم فى جناية. ووجوب استجواب المتهم قبل حبسه احتياطيا وتحديد التهمة المنسوبة إليه بأمر الإحالة، وكذلك مباشرة إجراءات التحقيق الابتدائى فى حضوره والقواعد الخاصة بالقبض والتفتيش ووجوب مباشرة التحقيق النهائى فى حضوره وحقه فى إعلان شهود نفى، والرد على الدفوع والطلبات المبداة منه.

د) **ضابط الغاية من الإجراء:** كذلك يعتبر الإجراء جوهريا ؛ إذا كان المشرع قد نص عليه لينتج أثرا قانونيا يتعلق بسير الدعوى الجنائية والفصل فيها. ولذلك يعتبر جوهريا وفقا لهذا الضابط جميع الإجراءات الخاصة بتحريك الدعوى الجنائية ورفعها ومباشرتها وإجراءات جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائى والتحقيق بالجلسة وإصدار الأحكام.

وعلى العكس من ذلك اتفق الفقه والقضاء على أنه إذا لم يكن الغرض من الإجراء إلا الإرشاد والتوجيه ؛ فإنه لا يكون جوهريا ولا يترتب على مخالفته البطلان، وأمثلة هذا النوع فى قانون الإجراءات قليلة كمخالفة نص المادة ٢٤ مكرر من قانون الإجراءات التى توجب على مأمورى الضبط القضائى أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التى تبلغ إليهم، واتخاذ جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على الأدلة، وقد نصت المادة فى نهايتها على أنه "لا يترتب على مخالفة هذا الواجب بطلان العمل أو الإجراء وذلك دون إخلال بالجزاء التأديبى".[١]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كانت الفقرة الأولى من المادة ١٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية تنص على أنه (عند حضور المتهم لأول مرة فى التحقيق يجب على المحقق أن يتثبت من شخصيته، ثم يحيطه علما بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت أقواله فى المحضر)، مفاد ذلك أن المحقق هو الذى يتثبت من شخصية المتهم، ولم يرتب القانون واجبا على المحقق أن ينبئ المتهم عن شخصيته، كما لم يرتب بطلانا لإغفاله ذلك".[٢]

كما قضت أيضا بأنه "لما كان ما نصت عليه مواد لائحة المخازن من تشكيل لجنة التحقيق أو الجرد من غير موظفى القسم التابع له الموظف أو المستخدم المسئول، فى حالة فقد أصناف من عهدته – هو من قبيل القواعد التنظيمية – التى يدعو المشرع إلى مراعاتها قدر الإمكان ؛ فإن تشكيل تلك اللجنة التى قامت بجرد عهدة الطاعن ممن يتولون الإشراف على عمله – بفرض صحته – لا يترتب عليه بطلان".[٣] وبأن المقرر أن إجراءات التحريز المنصوص عليها فى

١- المادة المشار إليها أضيفت بالقانون ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل أحكام قانون الإجراءات الجنائية المنشور بالجريدة الرسمية فى ٢٠ ديسمبر١٩٩٨ .
٢- نقض جنائى جلسة ١١ يناير ١٩٩٥ س ٤٦ ق ١٦ ص ١٣٤ .
٣- نقض جلسة ٩ مارس ١٩٩٥ س ٤٦ ق ٧٦ ص ٥٢٣ .

المواد ٥٥، ٥٦، ٥٧ من قانون الإجراءات الجنائية التى قصد بها تنظيم العمل للمحافظة على الدليل خشية توهينه، لم يرتب القانون على مخالفتها بطلانا.[١]

٢٨٣- المصلحة قوام معيار الإجراء الجوهرى:

ويتضح مما تقدم أن معيار الإجراء الجوهرى قوامه فكرة "المصلحة" فى الصور المشار إليها سلفا، والنظر فيما إذا كانت القاعدة تستهدف حماية مصلحة بحيث يترتب على مخالفتها إهدار هذه المصلحة، أم كانت تستهدف مجرد الترتيب والتوجيه والإرشاد من وجهة نظر الملائمة فحسب بحيث لا يترتب على مخالفتها تضييع مصلحة ما، وعلى هذا النحو كان ضابط القاعدة الجوهرية "المصلحة" وضابط القاعدة الإرشادية "الملائمة". وقد تبنى قانون المرافعات هذه الفكرة حينما اعتبر الإجراء باطلا "إذ شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية منه" (مادة ٢٠ مرافعات).[٢]

ويشترط للدفع بالبطلان توافر مصلحة تعود على من يتمسك به سواء تعلق البطلان بالنظام العام أو بمصلحة الخصوم، على أنه إذا كان البطلان مقررا لمصلحة الخصوم فيجب ألا يكون من يتمسك بالبطلان سببا فى حصوله.

والمصلحة هى الفائدة العملية المشروعة التى يراد تحقيقها من التمسك بالبطلان، أو هى المنفعة التى يبتغى المدعى الحصول عليها لتحقيق حماية حقه من الاعتداء.[٣]. وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه "لا صفة لغير من وقع فى حقه إجراء ما أن يدفع ببطلانه ؛ ولو كان يستفيد منه لأن تحقق المصلحة فى

١- نقض جلسة ٢ يونية ١٩٩٤ س ٤٥ ق ١٠٥ ص ٦٨٨.
٢- د. فتحى والى: فى نظرية البطلان - الوسيط فى قانون القضاء المدنى سالف الإشارة إليه ص ٤٠٥.
٣- د. احمد فتحى سرور: النظرية العامة للبطلان - رسالة دكتوراه سالف الإشارة إليها ص ٢٣٧ وما بعدها.

الدفع لاحق لوجود الصفة فيه، ومن ثم فليس للطاعن أن يثير الدفع ببطلان ما أثبته مأمور الضبط القضائى من أقوال باقى المتهمات فى الدعوى.[1]

٢٨٤- الموقف فى فرنسا: [2]

أخذ قانون الإجراءات الجنائية بنظرية البطلان القانونى، وذلك عندما نص فى المادة ١٧٠ منه على جزاء البطلان بالنسبة لجميع الإجراءات والقواعد الشكلية التى تقع على وجه مخالف كما تقضى به المواد ١١٤ - ١١٨ إجراءات، الخاصة بضمانات سؤال المتهم عند الحضور الأول، وضمانات الدفاع كالتمكين من الاستعانة بمحام، وكذلك إجراءات البحث عن الأدلة فى حالة التلبس بالجريمة، كالتفتيش وضبط الأشياء. وأيضا فى مرحلة التحقيق الابتدائى. وقد أجازت المادة ١٧٠ إجراءات فرنسى التنازل عن هذا النوع من البطلان.

وقد أخذ القانون الفرنسى من ناحية أخرى بنظرية البطلان الذاتى، وذلك حينما قررت المادة ١٧٢ إجراءات أنه يوجد أيضا بطلان فى حالة مخالفة الأحكام الجوهرية، وذلك بخلاف الحالات التى نصت عليها المادة , ١٧٠ وهذا النوع من البطلان ينتج أما من الاعتداء على حقوق الدفاع المتمثلة فى المكنات المعطاة لمن يكون طرفا فى الدعوى الجنائية كحق المتهم فى الإحاطة بالتهمة والاستعانة بمحام، وحقه فى الحضور وغير ذلك من الحقوق.[3]

ويرى جانب من الفقه[4] أن القضاء الفرنسى اتجه إلى التقليل من الأخذ بنظرية البطلان الذاتى، بعد أن صدر قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى

١- نقض جنائى جلسة ١٩ ديسمبر ١٩٧٢ س ٢٣ ص ١٣٧٦، جلسة ٣ أكتوبر ١٩٩٣ س ٤٤ ق ١١٥ ص ٧٤٠، جلسة ١٠ يناير ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٥ ص ٤٩ .

٢- Stefani et Levasseur N. 726 P. 808, 809.

٣- الأستاذ / محمد كامل إبراهيم المحامى: النظرية العامة للبطلان المرجع السابق ص ٥٢ وما بعدها، د. هلالى عبد الله: النظرية العامة للإثبات فى المواد الجنائية - رسالة دكتوراه ص ٩٩ .

٤- الأستاذ/ محمد كامل إبراهيم المحامى: الموضع السابق ص ٥٤ .

الجديد وتوسع فى الأخذ بمذهب البطلان القانونى. غير أن المستقرئ لأحكام محكمة النقض الفرنسية يجد أنها حيث تقل حالات البطلان القانونى، تزداد أحكامها التى توسع من البطلان الذاتى من ذلك مثلا: ما قالته من أنه "لا محل لتوقيع البطلان طالما أن البحث عن الحقيقة لم يشبه عيب أساسى، إذا صدر قرار حبس احتياطى مشوب ببعض العيوب الشكلية".[1]

٢٨٥- تمييز البطلان عن غيره من الجزاءات الإجرائية:

يفترض البطلان أن الإجراء الذى يطبق من أجله يوصف بأنه معيب، وكذلك الانعدام يقترض نفس الفرض، غير أن العيب فى الانعدام يكون اشد جسامة مما يفترضه البطلان ؛ ذلك إن العيب لم يقتصر على نفى أحد شروط صحة الإجراء، وإنما يجاوز ذلك إلى نفى أحد عناصره، أى أحد مقومات وجوده. ويعنى ذلك أن الإجراء الباطل له وجوده القانونى ؛ ولكنه وجود معيب. أما الإجراء المنعدم فليس له وجود قانونى واهم تطبيق للانعدام يظهر فى الأحكام، كالحكم الذى يصدر عن شخص ليس له صفة القاضى.

أما عدم القبول فهو لا يعنى أن الإجراء معيب، كما هو الحال فى البطلان ؛ وإنما يعنى انتفاء أحد المفترضات الإجرائية التى تطلبها القانون لجواز اتخاذه ؛ كرفع الدعوى فى جرائم الشكوى دون تقديم شكوى من المجنى عليه مثلا، أو عدم اكتمال التقادم مدته كمفترض لقبول الدعوى، إذ يكون مؤدى اكتماله للمدة أن تكون الدعوى غير مقبولة.

كذلك يختلف البطلان عن السقوط ؛ الذى يفترض أن الإجراء الصحيح لم يتخذ خلال المدة المحددة فى القانون بمعنى أن البطلان يرد على الإجراء المعيب، أما السقوط فيرد على الحق فى مباشرة الإجراء الصحيح والذى سقط بعدم استعماله خلال المدة.[2]

١- Cass. Crim 4 mai 1961, Bull No, 237.

٢- د. نجيب حسنى: الإجراءات - المرجع السابق ص ٣٤٣ وما بعدها.

٢٨٦- محل البطلان وأنواعه:

قدمنا أن المشرع المصرى وكذلك المشرع الفرنسى فى كثير من الأحوال قد غلب معيار البطلان الذاتى الذى يرتب البطلان على مخالفة الإجراءات الجوهرية، ذلك أن مثل هذه الإجراءات جوهرية فى نظر المشرع ؛ لأنها ضرورية للثقة فى الإجراءات، ولضمان حريات الأفراد وحقوقهم، فكل ما يخالفها يعتبر باطلا، فمحل البطلان هو الإجراء المعيب لكن بطلان الإجراء ليس فى جميع الأحوال من طبيعة واحدة، فقد يكون مطلقا إذا كانت القاعدة الجوهرية التى خولفت متعلقة بالنظام العام، ويكون بطلانا نسبيا فى غير هذه الأحوال، أى إذا كانت القاعدة مقررة لمصلحة أحد الخصوم، وعلى ذلك يمكن القول أنه إذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام ؛ فإن القاضى يجب أن يحكم به من تلقاء نفسه، ولو لم يتمسك به أحد الخصوم، وإذا لم يكن كذلك فإنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، بل لابد أن يتمسك به أحد الخصوم، وان يكون هذا الخصم هو من قررت القاعدة - التى خولفت - لمصلحته. ومن ثم فإن البطلان عموما يمكن أن يكون إما مطلقا وإما نسبيا.

أولا: البطلان المطلق:

البطلان الذى يجوز الدفع به يكون مطلقا إذا ما ترتب عليه مخالفة قاعدة من قواعد النظام العام - كما سلف القول - وقد حددت المادة ٣٣٢ أ.ج حالاته وخصائصه حينما نصت على أنه "إذا كان البطلان راجعا لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة أو بولايتها بالحكم فى الدعوى أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام جاز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى، وتقضى به المحكمة ولو بغير طلب". غير أن هذا البيان لحالات البطلان المتعلق بالنظام العام لم يرد على سبيل الحصر ؛ وإنما ورد على سبيل المثال. وقد انقسم الفقه حول مدلول هذا النص، وما إذا كانت أحكامه تقتصر على المحاكمة فقط ؛

لأن الأمثلة التى سبقت تلك العبارة متعلقة بها، أم تشمل التحقيق. فيرى جانب من الفقه[1] أن نية الشارع المصرى قد انصرفت إلى خضوع جميع قواعد الاستدلال والتحقيق الابتدائى لبطلان نسبى، بينما يرى الجانب الآخر[2] أنه قد يكون من أحكام التحقيق الابتدائى ما هو متعلق بالنظام العام، فيدخل تحت تلك العبارة. إلا أن اغلب الفقه يرى أن مخالفة قواعد الاستجواب ترتب بطلانا - متعلقاً بمصلحة لخصوم - استنادا إلى ما ورد فى المذكرة الإيضاحية أصل المادة ٣٣٣ من قانون الإجراءات حيث ذكرت قواعد الاستجواب ضمن ما يترتب عليه البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم، بينما جانب من الفقه[3] يرى أن عدم دعوة محامى المتهم فى جناية لحضور الاستجواب يرتب بطلانا متعلقا بالنظام العام ؛ ويؤيده فى ذلك رأى آخر يرى[4] أن مجرد عدم استجواب المتهم فى التحقيق الابتدائى يرتب البطلان. وقد استخلص بعض الفقهاء[5] من معيار المصلحة ضابطا فى التفرقة بين نوعى البطلان، فإذا كانت المصلحة عامة - ابتداء - كان البطلان المترتب على مخالفتها مطلق، أما إذا كانت مصلحة الخصوم - ابتداء - فالبطلان نسبى.

غير أن جانبا أخيرا من الفقه[6] يرى أن الضابط الصحيح فى التمييز بين نوعى البطلان هو أهمية المصلحة التى تحميها القاعدة الإجرائية ؛ وليس نوعها، وقاضى الموضوع هو الذى يناط به تحديد هذه الأهمية. فالقاعدة التى تحمى مصلحة قدر القاضى أهميتها يترتب على مخالفتها البطلان المطلق، ويستوى أن تكون مصلحة هامة للمتهم أو غيره من الخصوم.

١- د. رءوف عبيد: المشكلات العملية جزء ثان ص ١٨٧ .
٢ - د. محمود مصطفى: الإجراءات الجنائية ص ٢٣٧ .
٣- د. احمد فتحى سرور: الإجراءات ص ٣٧٨ .
٤- د. توفيق الشاوى: فقه الإجراءات ص ٢٣٣ .
٥- د. حسن صادق المرصفاوى: الإجراءات ط١٩٩٠ ص٨٧١، د. عمر السعيد رمضان: الإجراءات ص٤٣٠ .
٦- د. نجيب حسنى: الإجراءات الجنائية - المرجع السابق ص ٣٤٨ وما بعدها.

ويمكن القول إجمالا - حسب رأيه - أن القواعد المتعلقة بتشكيل القضاء وولايته واختصاصه النوعى والمكانى والصفة فى تحريك الدعوى وقيود تحريكها وحالات عدم صلاحية القاضى للحكم فى الدعوى وحقوق الدفاع الأساسية وقرينة البراءة وكفالة الكرامة البشرية للمتهم، هى قواعد هامة. وينبنى على مخالفتها البطلان المطلق فضلا عن الإجراءات الجوهرية فى التحقيق الابتدائى أو إجراءات المحاكمة على السواء.

ولقد أشارت المادة ٣٣٢ من قانون الإجراءات إلى حكمين للدفع بالبطلان المطلق أو الذى يتعلق بالنظام العام هما: البطلان المتعلق بتشكيل المحكمة أو بولايتها بالحكم فى الدعوى أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة، أجازت التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ؛ ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، وسلطة المحكمة فى أن تقضى به من تلقاء نفسها، ويضاف إلى ذلك جواز أن يحتج به كل ذى مصلحة فى تقريره، وعدم جواز التنازل عن الاحتجاج به، مما يعنى أنه يجوز الاحتجاج به على الرغم من سبق التنازل عنه، وهذه الأحكام ترتد إلى فكرة أساسية هى أن هذا البطلان مقرر لمصلحة المجتمع.(١)

البطلان النسبى:

أما البطلان النسبى فهو البطلان الذى لا يتعلق بالنظام العام، وقد نصت عليه المادة ٣٣٣ من قانون الإجراءات الجنائية فى قولها "فى غير الأحوال المشار إليها فى المادة السابقة يسقط الحق فى الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائى أو التحقيق بالجلسة فى

١- د.نجيب حسنى: الإجراءات الجنائية - المرجع السابق بند ٣٨٤ ص ٣٤٩ .

الجنح والجنايات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره، بدون اعتراض منه. أما فى مواد المخالفات فيعتبر الإجراء صحيحا إذا لم يعترض عليه المتهم ولو لم يحضر معه محام فى الجلسة ؛ وكذلك يسقط الحق فى الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة إذا لم تتمسك به فى حينه".

ومن هذا النص يستخلص الضابط فى تعريف البطلان النسبى بأنه : البطلان الذى ينال الإجراء المخالف لقاعدة تحمى مصلحة يقدر القضاء أنها أقل أهمية من أن تبرر البطلان المطلق. ويعنى ذلك أن ضابط أهمية المصلحة هو الذى يحدد بدوره حالات البطلان النسبى، وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى أن البطلان يكون نسبيا إذا كان " الإجراء الجوهرى متعلقا بمصلحة المتهم أو الخصوم".

ويرى جانب من الفقه أن هذا القول على إطلاقه محل نظر ؛ لان البطلان المطلق أو المتعلق بالنظام العام قد يتعلق بمصلحة المتهم أو الخصوم إذا كانت هذه المصلحة من الأهمية على نحو تعنى معه المجتمع على ما سلف القول. وقاضى الموضوع هو الذى يناط به الفصل فى أهمية المصلحة التى تحميها القاعدة الإجرائية ونوع البطلان الذى يترتب على مخالفته.[1]

ومن أحكام البطلان أنه يجوز النزول ضمنا عن الاحتجاج به، وهذا النزول يستخلص من عدم الاحتجاج به فى بعض مراحل الدعوى، فقد حدد الشارع القواعد التالية لاستخلاص النزول الضمنى، وفرق بين المتهم والنيابة. وحين يتعلق الأمر بالمتهم ميز الشارع بين المتهم بالجنحة أو الجناية من ناحية والمتهم بالمخالفة من ناحية أخرى ؛ فالمتهم بالجنحة أو الجناية يستخلص نزوله عن الاحتجاج بالبطلان إذا كان له محام وحصل الإجراء فى حضوره دون أن

١- د. نجيب حسنى: الإجراءات الجنائية - المرجع السابق ص ٣٥١ .

يعترض عليه، ويعنى ذلك أنه لا يفترض نزوله إذا لم يكن له محام. أما المتهم بالمخالفة فيستخلص نزوله عن الاحتجاج بالبطلان من مجرد عدم اعتراضه على الإجراء المشوب به ولو لم يكن له محام. أما النيابة العامة فيستخلص نزولها عن الاحتجاج بالبطلان إذا لم تتمسك به فى حينه، أى فى الوقت الذى اتخذ فيه الإجراء. يضاف إلى ذلك أن التنازل عن البطلان النسبى جائز صراحة من باب أولى ؛ ولا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع لمصلحته على غرار ما هو سائد فى المادة ٢١ من قانون المرافعات.

والخلاصة أنه بعد عرض نوعى البطلان المطلق والنسبى، والخلاف الفقهى بشأن كلا منهما ؛ فإننا نرى أن البطلان المتعلق بالنظام العام أو ما يعرف بالبطلان المطلق هو المقتصر على حالات البطلان الواردة بالمادة ٣٣٢ إجراءات والمتعلق بالولاية أو الاختصاص، وسبق استعراضه فى الدفوع الشكلية، أما البطلان المترتب على مخالفة الإجراءات الجوهرية فيما يتعلق بأدلة الجريمة ؛ كعدم مراعاة هذه الإجراءات أثناء التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة فكلها تعتبر من الدفوع التى يترتب عليها البطلان النسبى لتعلقها بصالح الخصوم بما يترتب على ذلك من آثار سلف الإشارة إليها.

وعلى ذلك استقر قضاء محكمة النقض المصرية ؛ وتطبيقا لذلك قضت المحكمة بأنه "لما كان البين من محضر جلسة المحاكمة أن الطاعنين لم يدفعا ببطلان أقوالهما بمحضر جمع الاستدلالات وأنها كانت وليدة إكراه أو بناء على استجواب باطل، فانه لا يقبل منهم إثارة ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض"[١]

١- نقض جلسة ١٩ مايو ١٩٩٣ س ٤٤ ق ٧٥ ص ٥١٨، جلسة ٢ أبريل ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٦٢ ص ٤٣٧ .

٢٨٧- الآثار الإجرائية المترتبة على التمسك بالدفع بالبطلان وصحته :

يترتب على التمسك بالدفع بالبطلان آثارا معينة، كما يترتب على صحته آثارا إجرائية أخرى عرفها القانون، وسوف نعرض لهذه الآثار تباعا على النحو التالي:

١- وسيلة التمسك ببطلان إجراء ما من إجراءات الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة هي "الدفع"، فهي الوسيلة التي يرمي الخصم بها إلى تقرير بطلان العمل الإجرائي، ومجال إبداء هذا الدفع أما أثناء التحقيق أو أثناء المحاكمة، سواء كانت هي المحاكمة الأولى أو بناء على طعن أحد الخصوم في الحكم لسبب بطلان في الإجراءات التي بني عليها.[1]

٢- إذا قدم الدفع أمام النيابة التي تباشر إجراءات التحقيق ؛ فليس لها أن تفصل فيه، باعتبار أنه إذا وقع البطلان أثناء التحقيق سواء في الإجراءات التي يباشرها المحقق من تلقاء نفسه أو بناء على انتداب من جهة اعلى، فلا يجوز لهذا المحقق أن ينصب نفسه قاضيا فيما تم على يديه من إجراءات، لأن هذا الاختصاص ينعقد لمحكمة اعلى منه، وعلى ذلك فقد أجازت المادتين ٨١، ٨٢ للنيابة ولباقي الخصوم أن يقدموا إلى قاضي التحقيق الدفوع والطلبات التي يرون تقديمها أثناء التحقيق، وقد جاء النص عاما ومن ثم يمكن إبداء الدفع بالبطلان ضمن هذه الدفوع، ويفصل قاضي التحقيق في ظرف ٢٤ ساعة في الدفوع والطلبات المقدمة إليه، وواضح من هذين النصين أن قاضي التحقيق هو الذي يتولى الفصل في الدفوع والطلبات التي تقدم له ؛ وبديهي أن تكون هذه الدفوع طعنا في إجراءات سلطات التحقيق أو الاستدلال وليس

١- د. احمد فتحي سرور: نظرية البطلان في قانون الإجراءات - رسالة الدكتوراه المشار إليها ط١٩٥٩ ص٣٥٢ وما بعدها، أ. محمد كامل إبراهيم المحامي: "النظرية العامة للبطلان" سالف الإشارة إليه ص٤٨ .

طعنا فى إجراء اتخذه هو حتى لا يسلط على قضائه، وإنما سبيل ذلك هو الطعن على قراراته بالاستئناف طبقا للمادة ١٦١ من قانون الإجراءات الجنائية وما بعدها أمام محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة أو إلى محكمة الجنايات منعقدة فى غرفة المشورة طبقاً للمادة ١٦٧ من قانون الإجراءات الجنائية.

٣- إذا دخلت القضية حوزة المحكمة كان للخصوم أن يبدوا أمامها ما يعن لهم من الدفوع ببطلان إجراءات التحقيق بغية التوصل إلى إهدار الدليل المستمد منها، ولا تلزم محكمة بالرد على الدفع ببطلان إجراءات التحقيق ؛ إلا إذا أرادت الاعتماد فى قضائها على الدليل المستمد منه، وهى فى غير هذه الحالة غير مكلفة بالرد عليه طالما أنها استقت دليلها من إجراءات أخرى صحيحة وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان لا جدوى من النعى على الحكم بالقصور فى الرد على الدفع ببطلان اعتراف الطاعن ؛ مادم البين من الواقعة كما صار إثباتها فى الحكم ومن استدلاله أن الحكم لم يستند فى الإدانة إلى دليل مستمد من الاعتراف المدعى ببطلانه، وإنما أقام قضاءه على الدليل المستمد من أقوال شهود الإثبات وهو دليل مستقل عن الاعتراف ؛ فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الصدد يكون غير سديد".[1]

٤- لا يؤثر بطلان أى إجراء من إجراءات التحقيق على دخول القضية حوزة المحكمة بأى حال من الأحوال، فالقانون يعطى المحكمة المرفوعة إليها الدعوى - متى تبينت أن بها إجراء باطلا - أن تصحح ولو من تلقاء نفسها هذا البطلان (مادة ٣٣٥) وهو ما يعرف بتحول الإجراء الباطل أو تصحيحه وذلك لحكمة رآها المشرع وهى إلا يسلط الباطل على الصحيح فيبطله ولكن ليسلط الصحيح على الباطل فيصححه.

١- نقض جنائى جلسة ١٨ يناير ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٣ ص ٩٨ جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٩٦ ص ١٣٦٢ ، جلسة ٢٣ ديسمبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٢٠٤ ص ١٤١٤ .

٥- إذا قرر القضاء بطلان إجراء ما، فإن تحديد اثر البطلان بالنسبة لهذا الإجراء لا يثير صعوبة، فهو - فى الأصل - إهدار للقيمة القانونية لهذا الإجراء، فكأنه لم يباشر، ويترتب عليه اثر قانونى ما، ويترتب على تجرد الإجراء الباطل من الأثر أنه لا يقطع التقادم فى الدعوى ؛ إذ أن قطع التقادم "اثر قانونى" لا يترتب إلا على إجراء صحيح، أما اثر بطلان الإجراء على الإجراءات السابقة، فالقاعدة أنه لا اثر له عليها، إذ هى مستقلة عنه، فليس الإجراء الذى تقرر بطلانه من عناصرها، ومن ثم تبقى منتجة جميع آثارها، إلا أنه إذا ترتبت إجراءات على الإجراء الباطل فتبطل هى الأخرى، ذلك تطبيقا لأصل عام "ما بنى على الباطل فهو باطل". وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "بطلان الإذن ينبنى عليه عدم التعويل فى الإدانة على أى دليل يكون مترتبا عليه أو مستمدا منه، وكل إجراء تال له يكون مبنيا عليه أو متفرعاً عنه".[١]

٦- بقى أن نحدد أن الدفع بالبطلان قد يكون فى الأصل من الدفوع الموضوعية إذا كان البطلان قد لحق إجراء جوهريا من إجراءات الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة بحيث تنطبق عليه سائر الأحكام المبينة فى هذا النوع من الدفوع على ما بيناه سلفا باعتباره متعلقا بمشروعية أدلة الجريمة، ولكن قد يلحق البطلان إجراء شكليا من إجراءات المحاكمة كعدم التقيد بالمواعيد المقررة للطعن فى الحكم أو صحة اتصال المحكمة بالدعوى ؛ كالدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور، وفى هذه الأحوال يعد دفعا شكليا، سبق بيانه مع سائر الدفوع الشكلية الواردة بمكانها من هذا البحث.

وللدفع بالبطلان سواء كان داخلا فى زمرة الدفوع الموضوعية أو الدفوع الشكلية طابع أولى ؛ تأسيسا على أن قاضى الدعوى هو الذى يتولى الفصل فى الدفع، كما سبق القول.

١- نقض جنائى جلسة ١٨ ابريل ١٩٩٤ س٤٥ ق١٠٣ ص٦٧٤، جلسة ١٤ يناير ١٩٩٦ س٤٧ ق ٩ ص ٧٢ .

على أن بطلان الإجراء لا ينصرف إلى الإجراءات التالية له المستقلة عنه.
وتطبيقا لذلك قضت المحكمة بأن " بطلان التفتيش لا يحول دون اخذ المحكمة بجميع عناصر الإثبات المستقلة عنه والمؤدية إلى النتيجة التى أسفر عنها التفتيش، ومن هذه العناصر الاعتراف اللاحق للمتهم بحيازته ذات المخدر الذى ظهر من التفتيش وجوده لديه".[1]

١- نقض جلسة ٥ يناير١٩٧٦ س ٢٧ ق ٣ ص ٢٦ ، جلسة ١٥ ديسمبر ١٩٩٣ س ٤٤ ق ١٨١ص١١٦٤ .

المطلب الثانى

تطبيقات الدفع بالبطلان

٢٨٨- تمهيد:

للدفع بالبطلان تطبيقات عديدة، سوف نقتصر فى هذا المطلب على التطبيقات الخاصة بالأدلة والتى تدخل فى عداد الدفوع الموضوعية، علما بأنه سبق الإشارة إلى بعضها مما يتعلق بصحة اتصال المحكمة بالدعوى فى الدفوع الشكلية ؛ كالدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور، وسوف نتعرض فى هذا المطلب للتطبيقات الخاصة ببطلان إجراءات التحقيق والاستدلال ؛ والتى من شأنها - لو صحت - لترتب عليها بطلان الدليل المستمد منها، وبالتالى انتفاء مشروعية هذه الأدلة.

الفرع الأول
الدفع ببطلان القبض والتفتيش

٢٨٩- تمهيد:

الدفع ببطلان القبض أو التفتيش هو دفع شائع إذ يترتب علي قبول أى منها "إبطال الإجراء"، وما يترتب عليه من أثر خطير هو انهيار الدليل المستمد منه، وذلك فى اغلب قضايا إحراز المخدرات وإخفاء الأشياء المتحصلة من جناية أو جنحة. وأحيانا قد يكون ضبط ملابس القتيل أو المتهم ملوثة بالدماء، أو المال المسروق، أو السلاح المستعمل فى جرائم الاعتداء على أشخاص من اقوى الأدلة قبل المتهم، وهكذا فى كثير من الحالات، لذا كان الدفع ببطلان القبض وما أسفر عنه من دليل، أو ما أدى إليه من توافر التلبس بما يخول لمأمورى الضبط القضائى من سلطات واسعة، وكذلك الدفع ببطلان التفتيش وبالتالى ما تمخض عنه من دليل، أو الدفع ببطلان كليهما معا من اكثر الدفوع التى تثار فى العمل طالما كان هذا أو ذاك قد جرى بصورة مخالفة للقانون، سواء بالنسبة لقواعدهما الموضوعية، وهى تلك التى تحدد الأحوال التى يجوز فيها أيهما والمرتبطة بمشروعية الإجراء فى حد ذاته[1] أم بالنسبة لقواعدهما

١- د. حسن صادق المرصفاوى: "قانون الإجراءات الجنائية مع تطوراته التشريعية، ومذكراته الإيضاحية والأحكام فى مائة عام" . منشاة المعارف. الإسكندرية ط ١٩٩٧ ص ٢٨٧ وما بعدها.

الشكلية أى تلك التى تنظم مباشرة كيفية تنفيذ القبض أو التفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق.[1]

٢٩٠- تعريف الدفع بالقبض الباطل:

القبض الباطل فى هذا الشأن كالتهديد بإجراء قبض باطل، إذا أدى إلى اعتراف المتهم بتهمة ما، لأنه يعتبر من صور الإكراه المعنوى الذى يشوب الاعتراف فيبطله. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض "بأن القاعدة أن ما بنى على باطل فهو باطل، ولما كان لا جدوى من تصريح الحكم ببطلان الدليل المستمد من الحصول على فتات لمخدر الحشيش بجيب صديرى المطعون ضده بعد إبطال مطلق القبض عليه والتقرير ببطلان ما تلاه متصلا به ومترتبا عليه، لأن ما هو لازم بالاقتضاء العقلى والمنطقى لا يحتاج إلى بيان. وإذ كان ما تقدم، وكان ما أورده لحكم سائغا ويستقيم قضاؤه به ومن ثم ينحسر عنه دعوى القصور فى التسبيب".[2]

٢٩١- تعريف الدفع بالتفتيش الباطل:

التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق بالمعنى الضيق لأنه يتضمن بالضرورة المساس بحرمة شخص المتهم أو بحرمة منزله، وهو يرمى دائما إلى تحقيق أدلة معينة ضد متهم معين فى جناية أو جنحة بعد ظهورها بالفعل، وبعد اتجاه الدلائل الكافية إليه بوصفه مرتكبا لها. وقد عنى الدستور القائم بإبراز هذا المعنى فى المادة ٤٤ منه التى تقضى بأن "للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر مسبب وفقا للقانون". ومن أجل هذا قضت

١- محمد كامل إبراهيم: المحامى - النظرية العامة للبطلان فى قانون الإجراءات الجنائية ص ١٤٩ وما بعدها.

٢ - نقض جنائى جلسة ٩ أبريل ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٥٠٦، ٢٩ أبريل ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٥٦٨، جلسة ٣١ أكتوبر ١٩٩٠ س ٤١ ق١٧٢ ص ٩٧٠ .

المحكمة الدستورية العليا بجلستها المنعقدة فى ٢ يونيه ١٩٨٤ فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية دستورية بعدم دستورية نص المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية. ولذلك فإن مجال تطبيق المادة ٥١ من قانون الإجراءات الجنائية التى تقضى بحصول التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه عنه كلما أمكن ذلك وإلا فيجب أن يكون بحضور شاهدين عند دخول مأمورى الضبط القضائى المنازل وتفتيشها - فى الأحوال التى كان القانون يجيز لهم ذلك فى المادة ٤٧ من قانون الإجراءات قبل الحكم بعدم دستوريتها - قد أصبح واردا على غير محل، أما التفتيش الذى يقوم به مأمور الضبط القضائى بناء على ندبه لذلك من سلطة التحقيق فتسرى عليه أحكام المواد ٩٢، ١٩٩، ٢٠٠ من ذلك القانون الخاصة بالتحقيق بمعرفة قاضى التحقيق والتى تقضى بحصول التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه عنه متى أمكن ذلك. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض[1] بأن "مفاد ما قضى به نص المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية من تخويل مأمور الضبط القضائى الحق فى إجراء تفتيش مسكن المتهم فى حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن - يصدر له أمر قضائى مسبب ممن يملك سلطة التحقيق - يخالف حكم المادة ٤٤ من الدستور على النحو السالف البيان ومن ثم فإن حكم المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية يعتبر منسوخا ضمنا بقوة الدستور نفسه منذ العمل بأحكامه دون تربص صدور قانون أدنى ويكون دخول المسكن أو تفتيشه بأمر قضائى مسبب إجراء لا مندوحة عنه منذ ذلك التاريخ". كما قضت[2] بأنه "لما كان الثابت من مدونات الحكم أن التفتيش الذى أسفر عن ضبط المخدر قد أجراه مأمور الضبط القضائى بناء على ندبه من النيابة العامة بوصفها سلطة تحقيق، وهو مالا ينازع فيه الطاعن، فيكون له

١- نقض جنائى جلسة ٢٧ أبريل ١٩٩٤ ط رقم ١٢٠٩١ لسنة ٦٠ قضائية منشور بمجلة القضاة الفصلية س ٢٧ العدد الثانى ص ٨٣٢، شرح قانون العقوبات التكميلي للدكتور / رءوف عبيد ط ١٩٧٩ ص ١٤٦، المشكلات العملية فى الإجراءات الجنائية ص ٢٩٤ وما بعدها.

٢ - نقض جنائى جلسة ٢٦ سبتمبر عام ١٩٩٤ ط رقم ١٩٦١٥ لسنة ٦٢ ق س ٤٥ ق ١٢٤ ص ٧٩٥ .

سلطة من ندبه، ويعد محضره محضر تحقيق ويسرى عليه حينئذ حكم المادة ٩٢ لا المادة ٥١ إذ أن هذه المادة الأخيرة إنما كانت تسرى فى غير أحوال الندب، ومن ثم فإن حضور المتهم هو أو من ينيبه عنه أو شاهدين ليس شرطا لصحة التفتيش الذى يجرى فى مسكنه، ولا يقدح فى صحة هذا الإجراء أن يكون قد حصل فى غيبة الطاعن أو من ينيبه أو شاهدين. ويضحى ما ذهب إليه الطاعن فى غير محله".

والتفتيش بذاته ليس بدليل وإنما هو وسيلة للحصول على الدليل.[1] والواقع أن إجراءات التحقيق الأخرى تتخذ نفس الغاية وهى الحصول على الدليل. إلا أن التفتيش يتميز بخصائص تجتمع فيه ويتآلف منها جوهره. فهو يباشر بغض النظر عن إرادة من يقع عليه فى شخصه أو مسكنه، وهذا ما يعرف بعنصر الجبر أو الإكراه، وهو ما يمس حرمة يحميها القانون هى الحق فى الخصوصية، ثم أنه يتخذ للبحث عن الأدلة المادية للجريمة، وهذه الخصائص مجتمعة تميز التفتيش عن غيره من الإجراءات كالاستجواب والمعاينة والضبط وأعمال الخبرة.

٢٩٢- خصائص الدفع ببطلان القبض أو التفتيش:

١- الدفع ببطلان القبض على المتهم - وبالتالى تفتيشه - وما يكون قد أسفر عنه القبض الباطل أو التفتيش من ظهور حالة تلبس بجريمة - دفع جوهرى - إذ يترتب على قبوله إبطال الإجراء وما يترتب عليه من أثر هام هو انهيار الدليل المستمد منه. لذا كان الدفع ببطلان القبض وما أسفر عنه من دليل من اكثر الدفوع التى تثار فى العمل طالما كان القبض قد جرى بصورة

١- راجع د. سامى الحسينى: فى رسالته للدكتوراه عن "النظرية العامة للتفتيش فى القانون المصرى" جامعة عين شمس عام ١٩٧٢ ص ٣٧، د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص ٣٤٤، د. حسنى الجندى: الدفع ببطلان التفتيش فى ضوء أحكام النقض عام ١٩٨٨ / ١٩٨٩ ص ١١ وما بعدها، د. رءوف عبيد: شرح قانون العقوبات التكميلى - ط ١٩٧٩ ص١٤٤:ص ١٥٤ .

مخالفة للقانون ؛ لانتفاء الدلائل الكافية، أو لوقوعه فى غير الأحوال المبينة بالقانون، أو لوقوعه بمعرفة مأمور ضبط قضائى غير مختص مكانيا، أو لوقوعه بمعرفة شخص ليس من مأمورى الضبط القضائى أصلا مثل الشرطى أو المخبر أو الخفير. والقاعدة هى أنه إذا أسفر القبض الباطل أو التفتيش عن دليل من الأدلة ودفع صاحب الشأن ببطلان الإجراء : كان هذا الدفع جوهريا طالما كان الدفع به - شأن كل الدفوع الأخرى - جازما صريحا لم يرد فى عبارات مرسلة قد لا تفيد التمسك به.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان يبين من محضر جلسة المحاكمة أن الطاعن لم يدفع ببطلان إذن التفتيش، وكان هذا الدفع من الدفوع القانونية المختلطة بالواقع التى لا تجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض ما لم تكن مدونات الحكم تحمل مقوماته ؛ لأنه يقتضى تحقيقا تنأى عنه وظيفة هذه المحكمة، ولا يقدح فى ذلك أن يكون الدفاع قد ضمن مرافعته نعيا على مسلك الشاهد فى استقاء تحرياته ولهفته فى استصدار إذن التفتيش وصدوره بناء على ذلك، إذ هو قول مرسل على إطلاقه لا يحمل على الدفع الصريح ببطلان إذن التفتيش الذى يجب إبداؤه فى عبارة صريحة تشتمل على بيان المراد منه".[١]

٢- طالما اعتمدت المحكمة على نتيجة القبض أو التفتيش فى سياق أسبابها التى تكون قد أسست عليها قضاءها بالإدانة، ودفع أمامها صراحة بالبطلان، وجب عليها أن تتعرض للدفع بالبطلان وتبدى رأيها ؛ إما أن تقبله إذا كان فى محله قانونا، وإما بأن تفنده بأسباب كافية سائغة مستمدة من ظروف الدعوى الثابتة ولها مأخذ صحيح من أوراقها، وإلا كان الحكم معيبا".[٢]

١- نقض جنائى جلسة ١٥ مايو ١٩٧٨ س ٢٩ ق ٩٤ ص ٥٠٧، جلسة ١١ أكتوبر ١٩٩٨ ط. رقم ٧٦٨٤ لسنة ق - لم ينشر بعد.
٢- نقض جنائى جلسة ٣٠ أبريل سنة ١٩٧٩ س ٣٠ ق ١٠٩ ص ٥١٤ ، جلسة ٥ مايو ١٩٩٨ ط. رقم ٤٩٧٥ لسنة ٦٦ ق لم ينشر بعد.

أما إذا كانت المحكمة قد أقامت قضاءها - بوقوع الجريمة - على دليل من أدلة أخرى لا شأن للقبض أو التفتيش الباطل به، وكان الإثبات صحيحا لا شائبة فيه، فإنها لا تكون ملزمة بالرد على الدفع بالبطلان فى هذه الحالة لعدم جدواه.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "لرجل الضبط القضائى أن يبادر بتعقب المتهم بضبطه وإحضاره وتفتيشه وضبط السلاح المستعمل فى الجريمة دون ما حاجة لاستصدار إذن النيابة، ومقتضى ذلك أن واقعة ضبط السلاح فى حوزة الطاعن كانت نتيجة إجراء صحيح فى القانون، فإذا ما عول الحكم المطعون فيه على حصيلة هذا الإجراء واطرح ما أبداه الطاعن من دفع بالبطلان بشأن التفتيش ؛ فإنه لا يكون مخطئا، مادام الحكم قد أقيم على دليل آخر سواه". كما قضت بأنه "لا على المحكمة إن التفتت عن الرد على الدفع ببطلان القبض طالما أن الحكم قد بنى قضاءه على ما اطمأن إليه من أدلة الثبوت التى قام عليها ولم يعول على أى دليل مستمد من هذا القبض ولم يشر إليها فى مدوناته ؛ لأن الالتزام بالرد على هذا الدفع استقلالا يكون قد انحسر عنه[1].

٢٩٣- تعلق الدفع بالنظام العام:

ولقد ثار خلاف فى الفقه حول طبيعة الدفع ببطلان القبض أو التفتيش وما إن كان نسبيا يتعلق بصالح الخصوم أم مطلقا يتعلق بالنظام العام.

وسوف نتعرض لهذا الخلاف فى الفقهين الفرنسى والمصرى:

فى الفقه الفرنسى:

ظهر اتجاه فى الفقه أجاز الدفع ببطلان التفتيش للخصوم فقط باعتباره يتعلق بمصلحتهم ؛ فلا يجوز الدفع ببطلان الإجراء إلا ممن وقع عليه[2] الإجراء.

١- نقض جنائى جلسة ٤ فبراير ١٩٧٤ ط رقم٢٨ لسنة ٤٤ ق غير منشور، ١٤ أبريل ١٩٨٥ س ٣٦ ق ٩٨ ص ٥٦٧ ، جلسة ١٦ مارس ١٩٩٣ ط رقم ١١٧٥٤ لسنة ٦١ ق س ٤٤ ق ٣٦ ص ٢٧٥ ، جلسة ٢ أبريل ١٩٩٥ س ٤٦ ق ١٠٤ ص ٧٠٨ .

٢- Merle et Vitu , op. cit no. 1060 p.997.

بينما أجاز جانب آخر من الفقه الدفع ببطلان التفتيش لكل من النيابة والخصوم وقاضى التحقيق، ولو سكت الخصوم عن إثارته باعتبار أن البطلان سواء كان قانونيا أو ذاتيا ؛ فإنه يتعلق بالنظام العام.[1]

وفى الفقه المصرى ظهر اتجاهان:

١- الاتجاه الأول: [2]

إذ ينعت البطلان الذى يترتب على مخالفة أحكام الإجراءات بالقبض والحجز بالصفة النسبية، ويستند فى ذلك إلى أن هذه الإجراءات مما تدخل فى إجراءات الاستدلال والتحقيق التى أكدت- على صفة البطلان المرتبط بها- المادة ٣٣٣ والمذكرة الإيضاحية للقانون حيث أبانت "أن من بين أحوال البطلان النسبى مخالفة الأحكام الخاصة بالتفتيش والقبض والحبس الاحتياطى والاستجواب والاختصاص من حيث المكان.

٢- الاتجاه الثانى:[3]

الذى يرى- عكس الاتجاه السابق- أن كافة ضمانات الأمن الشخصى ومنها إجراءات القبض والحبس الاحتياطى وكافة إجراءات حرية التنقل يرتبط بالنظام العام؛ ولابد أن يتصف البطلان المرتبط به بالنظام العام ,ولأن كل قاعدة من قواعد الإجراءات الجنائية ورد النص عليها فى الدستور تعتبر معياراً لما هو من قواعد النظام العام ,وحقوق الأفراد تأتى فى صيانتها بالتبعية لصيانة حق المجتمع .

١- Stefani et levasseur, op.cit . no. 1060 p.434.

٢- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص ٣٤٦ .

٣- د. أحمد فتحى سرور: الشرعية الدستورية ص ٢٤٣ . د. عبد الرؤوف مهدى : شرح القواعد العامة للاجراءات الجنائية ص٤٨٢ وما بعدها بند ٣٢٢ ط ٢٠٠٢ .

غير أننا نميل إلى الرأى الأول باعتبار أن التفسير الحرفى لنص المادة ٣٣٣ من قانون الإجراءات يوجب معه القول بأن البطلان - المرتبط بإجراءات الاستيقاف والقبض والتفتيش - يجب أن يكون من البطلان النسبى، وذلك لأن الاستيقاف من إجراءات الاستدلال، كما أن القبض والتفتيش من إجراءات التحقيق، وهذه وتلك مما تضمنتها المادة السابقة. أما البطلان المرتبط بغيرها مما عددته المادة ٣٣٢ يعد من النظام العام. وعلى ذلك سار قضاء محكمة النقض المصرية.[1]

وبترتب على اعتبار البطلان فى هذه الحالة نسبيا ثلاث نتائج:

أولا: أن هذا البطلان يصححه التنازل متى صدر صحيحا حرا من صاحب الصفة فيه. وعلى ذلك إذا صدر من شخص لا صفة له فى إجازته يظل التفتيش باطلا.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "الحكم المطعون فيه إذ قضى بالبراءة ورفض الدعوى المدنية تأسيسا على بطلان التفتيش وأورد فى أسبابه أن الذى سمح بدخول المحل وتفتيشه هو شقيق المتهم الذى ليس له علاقة تجارية بهذا المحل ؛ ومن ثم يتضح من ذلك أن الرضا بالتفتيش قد صدر ممن لا يملكه، ومن ثم يضحى التفتيش باطلا. ومتى بطل التفتيش بطل كذلك ما ترتب عليه من آثار.[2]

وعلى العكس من ذلك قضت المحكمة بأن "الرضا بالتفتيش يصحح الإجراء؛ ويكفى فيه أن تكون المحكمة قد استبانته من وقائع الدعوى وظروفها، واستنتجته من دلائل مؤدية إليه، فإذا ما انتهت المحكمة إلى أن التفتيش قد

١- نقض جنائى جلسة ٩ مايو ١٩٧٧ س ٢٨ ص ٥٧٨, وانظر فى تأييد هذا الرأى د. عبد الرحمن حسن علام: فى ضمانات الحرية الفردية ضد القبض والحجز التحكمى ط ١٩٨٨ ص ٣٢٢ وما بعدها.

٢- نقض جنائى جلسة ٢٦ فبراير ١٩٧٨ س ٢٩ ق ٣٢ ص ١٨٥ .

أجيز من صاحب الشأن؛ ومن ثم يكون صحيحا مشروعا، ثم دانت الطاعن استنادا إلى الدليل المستمد منه باعتباره لم يخالف القانون فى شئ ما، فإنها لا تكون قد أخطأت، ويكون النعى عليها فى هذا الخصوص فى غير محله.[1]

ثانيا: أن القاضى لا يملك الحكم به من تلقاء نفسه، فلابد أن يدفع به صاحب الشأن حتى يتمكن القاضى من الحكم به، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان يبين من محضر جلسة المحاكمة أن الطاعن لم يدفع ببطلان إذن النيابة العامة بالتفتيش لصدوره عن جريمة لم تقع بعد، وبناء على تحريات غير جدية، وكان هذا الدفع بشقيه من الدفوع القانونية المختلطة بالواقع التى لا تجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض ما لم يكن قد دفع به أمام محكمة الموضوع، وكانت مدونات الحكم تحمل مقوماته لأنه يقتضى تحقيقا موضوعيا، تنأى عنه وظيفة محكمة النقض فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن يكون غير مقبول".[2]

ثالثا: أنه لا يجوز أن يثار الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض، بل لابد أن يثار أمام محكمة الموضوع قبل إقفال باب المرافعة، وفى نفس الأوضاع والشروط المتبعة بالنسبة لكل الدفوع الموضوعية والتى عرضنا لها فيما سبق، وعلى ما يبين من حكم النقض المشار إليه سلفا بالبند السابق.

٢٩٤- الصفة فى الدفع:

وإذا كانت المصلحة هى المناط المعول عليه فى الدفع ببطلان القبض أو التفتيش فإن الصفة كذلك تسبق المصلحة فى الدفع ؛ إذ لا يقبل الدفع ببطلان القبض أو التفتيش من غير ذى صفة، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن

١- نقض جنائى جلسة ١٤ نوفمبر سنة ١٩٩٥ س ٤٦ ق ١٧٨ ص ١١٨ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٧ مارس ١٩٨٨ س٣٩ ق٦٤ ص٤٥٢، جلسة ٩ مايو ١٩٩٤ س ٤٥ ق ٩٦ ص ٦٢٤ .

" الدفع ببطلان التفتيش إذا كان قد شرع للمحافظة على حرمة المكان، ومن ثم فإن التمسك ببطلان تفتيش السيارة - لا يقبل من غير حائزها - اعتبارا بأن الحائز هو صاحب الصفة فى ذلك وان الصفة تسبق المصلحة ؛ فإن لم يثره فليس لغيره أن يبديه ولو كان يستفيد منه لأن هذه الفائدة لا تلحقه إلا بالتبعية وحدها".[1] وبأنه "لا صفة لغير من وقع فى شانه القبض والتفتيش أن يدفع ببطلانه، ولو كان يستفيد منه، لان تحقق المصلحة فى الدفع لاحق لوجود الصفة فيه".[2]

وإذا كان لابد من تسبيب الأمر بالقبض أو التفتيش، إذ حظر المشرع المصرى فى المادة ٤٤ من الدستور "دخول المساكن أو تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب". وإعمالا لهذا النص عدلت المادة ٩١ إجراءات الخاصة بتفتيش المنازل بالقانون ٣٧ سنة ١٩٧٢ فأصبحت فى فقرتها الثانية تنص على أنه "فى كل الأحوال يجب أن يكون أمر التفتيش مسببا". إلا أن محكمة النقض لم تسر فى هذا الاتجاه على إطلاقه، وإنما قصرته على ما إذا كان إذن التفتيش منصبا على المساكن فقط. وقضت تطبيقا لذلك بأن[3] المشرع سواء فى المادة ٤٤ من الدستور أو المادة ٩١ إجراءات بعد تعديلها لم يتطلب تسبيب أمر التفتيش إلا حين ينصب على المسكن، وهو فيما استحدثه فى هاتين المادتين من تسبيب الأمر لدخول المسكن أو تفتيشه لم يرسم شكلا خاصا بالتسبيب، فإذا كان الثابت من مدونات الحكم أن النيابة العامة أصدرت أمر التفتيش بعد اطلاعها على محضر التحريات المقدم إليها من الضابط طالب الأمر وما تضمنه من أسباب توطئة وتسويفا لإصداره ؛ فإن هذا حسبه كى

١- نقض جنائى جلسة ١ ديسمبر ١٩٨٨ س ٣٩ ق ١٨١ ص ١١٥٩ .

٢- نقض جنائى جلسة ٤ نوفمبر ١٩٩٩ ط رقم ٢٣١١٠ لسنة ٦٧ ق - لم ينشر بعد ومشار اليه بالمستحدث من المبادئ الجنائية الصادر من المكتب الفنى لمحكمة النقض عام ٢٠٠١، نقض جلسة ١١ ديسمبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٨٩ ص ١٣٠٨ .

٣- نقض جنائى جلسة ٣ يناير ١٩٨٨ س ٣٩ ق ١ ص ٤٩ .

يكون محمولا على هذه الأسباب بمثابتها جزءا منه". ومن هنا نلاحظ أن محكمة النقض وإن اشترطت أن يكون إذن تفتيش المساكن مسببا إلا أنها لم تتطلب شكلا معينا للتسبيب. وتركت أمر توافره لسلطة محكمة الموضوع.[1]

غير أنها اشترطت تنفيذ الإذن خلال المدة المقررة لتنفيذه، وإلا كان باطلا، وفى احتساب المدة التى ينفذ الإذن خلالها أجازت الرجوع فى ذلك إلى قانون المرافعات باعتبار أن قانون الإجراءات قد خلت نصوصه من تنظيم هذه المسالة، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة بأن "الأصل سريان قانون الإجراءات الجنائية على كيفية احتساب ميعاد تنفيذ الإذن بالتفتيش ؛ فإن خلا تعين الرجوع إلى أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، وإذ كانت المادة ١٥ من قانون المرافعات قد نصت على أنه (إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعادا مقدرا بالأيام والشهور أو بالسنين فلا يحسب فيه يوم الإعلان أو حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد) ومن ثم فإن إعمال نص حكم تلك المادة يقتضى عدم حساب يوم صدور الإذن باعتباره الأمر المعتبر قانونا مجريا للميعاد، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فى الرد على الدفع ببطلان القبض والتفتيش ؛ فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون".[2]

وكأثر حتمى لنسبية البطلان لا يجوز إلا لمن كان ضحية الإجراء الباطل الدفع به باعتباره صاحب الصفة فيه - كما سلف القول، وتقدير رضاء المتهم الذى اجرى تفتيشه أو تفتيش منزله بالتفتيش الباطل من سلطة محكمة الموضوع، بحيث إذا اقتنعت بصحة حدوث الرضاء ؛ فإن ذلك مما يسقط البطلان، متى كان استنتاجها فى هذا الشأن مستمدا من وقائع الدعوى وظروفها الثابتة ومؤسسة على أدلة تؤدى إليه، وعلى العكس من ذلك إذا قررت

١- نقض جنائى جلسة ١٩ يناير ١٩٩٥ س ٤٦ ق ٣٠ ص ٢١١ .

٢- نقض جنائى جلسة ٩ مايو ٢٠٠٠ الطعن رقم ٢٦٢٨٦ لسنة ٦٩ ق لم ينشر بعد، ومشار إليه بالمستحدث من المبادئ الجنائية الصادرة من المكتب الفنى لمحكمة النقض عام ٢٠٠١ .

المحكمة أن الرضاء بالتفتيش الباطل غير متوافر وجبت الإشارة إلى ذلك باعتبار أنها مطالبة بإيراد ما يفيد عدم الاطمئنان إليه بطبيعة الحال.[1]

٢٩٥- المصلحة فى الدفع:

وينبغى أن يكون للطاعن مصلحة ما فى الدفع ببطلان القبض أو التفتيش الذى وقع عليه بمعرفة رجال السلطة العامة ومناط مصلحته هو فى توافر شرطين مجتمعين.

أولا: أن يكون الإجراء المدفوع ببطلانه قد أسفر عن دليل منتج من أدلة الدعوى.

ثانيا: أن يكون الحكم المطعون فيه قد عول بصفة أصلية على هذا الدليل ولو ضمن باقى أدلة الدعوى الصحيحة، كما أشرنا إلى ذلك سلفا فى موضعه.

فإذا انتفى أى من الشرطين فقد انتفت المصلحة فى الدفع ببطلان الإجراء حتى إذا وقع باطلا. وبديهى أنه إذا توافر الشرطين كان الإجراء باطلاً وما يترتب عليه أيضا باطلا. فبطلان القبض يبطل التلبس، وبطلان التلبس يبطل تفتيش شخص المتهم ومسكنه، وضبط أى شىء ذى صلة بالجريمة، وبطلان التفتيش يبطل اعتراف المتهم المترتب عليه مباشرة ويبطل الحبس الاحتياطى المترتب على القبض الباطل مهما تولد عنه من تلبس، فتفتيش، فضبط أشياء، فاعتراف، عندئذ تكون للطاعن مصلحة محققة فى التوصل إلى بطلان القبض وهو الإجراء الأول.

وإذا كان القبض باطلاً، ولكن ظهر فيما بعد تلبس مقطوع الصلة به، لأنه ظهر بعد فترة كافية منه، أمام سلطة أخرى ؛ فإن التلبس يكون صحيحا.

١- نقض جنائى جلسة ١٨ أبريل ١٩٣٩ ج ٤ رقم ٣٧٧ ص ٥٣٠ .

وكذلك الشأن إذا كان التفتيش قد جرى باطلا، ولكن صدر من المتهم فيما بعد اعتراف مقطوع الصلة بالتفتيش الباطل، فعندئذ لا يؤدى بطلان القبض أو التفتيش بحسب الأحوال إلى بطلان الأدلة الأخرى المستمدة من التلبس أو الاعتراف، كما سلف القول فى موضعه من هذا الفرع.[1] وفى الجملة لا تتوافر المصلحة فى الدفع ببطلان الإجراء إذا ما كان البطلان نظريا بحتاً، أو إذا كان القبض المدعى ببطلانه قد صححه إجراء آخر صحيح. ويراعى أن أى إجراء صحيح قد يتداخل بعد القبض الباطل لا يسرى بأثر رجعى، وإنما يسرى من وقت صدوره فقط وبالنسبة للمستقبل فحسب، كما هى القاعدة فى جميع إجراءات الدعوى الجنائية بوجه عام. وقد قضى - تطبيقا لما سلف - بأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه إذ دان المتهم بتهمة إحراز المخدر قد اعتمد على الاعتراف الصادر منه أمام النيابة بإحراز قطعة الحشيش المضبوطة معه باعتباره دليلا مستقلا عن الأدلة المستمدة من القبض والتفتيش، فلا جدوى مما ينعاه على الحكم من رفض الدفع ببطلانها أو من رده كلية على الدفع بالبطلان".[2] وبأنه "لا مصلحة للطاعن فى الدفع ببطلان إجراءات تفتيش مسكنه وما أسفر عن ضبط المخدر به، مادام أن وصف التهمة يبقى سليما لما أثبته الحكم من مسئوليته عن المخدر المضبوط بمحله".[3]

٢٩٦- تقدير الصلة بين الإجراء الباطل وأدلة الإثبات:

لمحكمة الموضوع أن تقدر الصلة التى قد يدفع المتهم بتوافرها بين الإجراء الباطل وبالدليل الذى يرتكن عليه الاتهام ؛ فإذا رأت أن الصلة متوافرة قضت

١- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص ٣٤٩، محمد على سالم عياد الحلبى: ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحرى والاستدلال فى القانون المقارن ط. ١٩٨٠ ص ٢٥٠ وما بعدها.

٢- نقض جنائى جلسة ١٩ مارس ١٩٥٧ س ٨ ق ٧٨ ص ٢٧٥، ٥ مايو ١٩٥٨ س ٩ ق ٢٣ ص ٤٥٠ .

٣- نقض جنائى جلسة ١٤ نوفمبر ١٩٩٥ س ٤٦ ق ١٧٨ ص ١١٨٠ ، جلسة ٤ نوفمبر ١٩٩٩ ط. رقم ٢٣١١٠ السنة ٦٧ ق لم ينشر بعد.

ببطلان الأمرين معا، القبض نفسه ثم ما أسفر عنه من دليل، وإلا كان لها عند التقرير بانتفاء الصلة - لأسباب منطقية سائغة، كما سلف القول - التعويل على الدليل القائم فى الدعوى بوصفه إجراء مستقلا بذاته، فلا ينسحب إليه وبالتالى بطلان القبض إذا كان باطلا، أو بطلان أى إجراء عند انقطاع صلة السببية أو العلة بالمعلول، بين الإجراء الباطل والدليل الذى قد ترتكن عليه سلطة الاتهام.

وهذا التقدير هو من المسائل الموضوعية التى تفصل فيها المحكمة حسبما يتكشف لها من ظروف القبض المدفوع ببطلانه، والدليل المقول بأنه مترتب عليه، وفصلها فى ذلك نهائى لا رقابة فيه لمحكمة النقض إلا فى الحدود العامة التى تراقب فيها هذه الأخيرة كافة المسائل الموضوعية، وفى الجملة ينبغى أن يكون بيان الصلة أو نفيها بأسباب كافية مستمدة من الأوراق، وأن يكون استظهارها باستنتاج سائغ فى المنطق مقبول، ويستوى فى ذلك أن يكون الاعتراف المقول بصدوره عقب القبض أو التفتيش الباطل قد صدر أمام النيابة، أو أمام نفس الضابط الذى قام بالإجراء الباطل، ولكن بعد فترة شهور طويلة من إجرائه.[1] وذلك يقتضى أن يبين الحكم الصادر فى الدعوى - على أية حال - أن المحكمة كانت متنبهة وهى تعمل الدليل إلى انتفاء الصلة بينه وبين القبض المدفوع ببطلانه، وأن هذه الصلة من شأنها أن تعدم اثر هذا الدليل لو كانت قائمة ؛ ولذا فإنه إذا كانت المحكمة قد عولت فيما عولت لإدانة المتهم على الاعتراف المنسوب إليه إثر القبض الباطل الذى وقع عليه، دون أن تتحدث عنه كدليل قائم بذاته ومنفصل عن تلك الإجراءات الباطلة، ولا هى كشفت عن مدى استقلاله عنها فإن الحكم يكون معيبا.[2]

١- نقض جنائى جلسة ٦ مايو ١٩٥٧ س ٨ ق ١٢٣ ص ٤٤٦ .
٢- نقض جنائى جلسة ٨ أكتوبر ١٩٥٧ س ٨ ق ٢٠٥ ص ٧٦٥ .

ومن ناحية ثانية يجدر التنويه إلى أن البطلان المرتبط بإجراءات القبض والتفتيش - شأن كل الأعمال الإجرائية - لا يتم النطق به من ذات الجهة التى اتخذت الإجراء الباطل ولكن يتم من الجهة الرقابية الأعلى، فالنيابة العامة أو قاضى التحقيق كل منهما لا يصدر قرارا ببطلان أعماله الباطلة، ولكن يراقب سلطة رجال الضبط القضائى، ويمكن أن يصدر قراراً ببطلانها خاصة أنه كان قد فوض فى إجرائها. ويتكفل قضاء الموضوع ببطلان إجراءات القبض والتفتيش غير المشروعة ؛ سواء صدرت خلال مرحلة التحقيق أو خلال مرحلة المحاكمة، طالما لم يتم تصحيح الإجراء الباطل على اعتبار أنها الجهة الرقابية العليا على ماتجريه النيابةالعامة وقاضى التحقيق من إجراءات.

وفى مصر اشترطت محكمة النقض ضرورة إبداء الدفوع المتعلقة بالقبض أو التفتيش فى صورة صريحة تعبر عن المراد منها أمام محكمة الموضوع، على أساس أنه من الدفوع الموضوعية التى تحتاج إلى تحقيق موضوعى مما لا شأن لهذه المحكمة به.[1]

وفى النهاية تجدر الإشارة إلى أن الدفع ببطلان القبض أو التفتيش ذو طابع أولى باعتبار أن متولى الفصل فيه هو قاضى الدعوى الأصلية، على ما سلف بيانه فى كل دفع على حده.

١- نقض جنائى جلسة ٢٣ أكتوبر ١٩٧٨ س ٢٩ ص ٧٣٨ - وأيضا انظر د. عبد الرحمن حسن علام: ضمانات الحرية الفردية ضد القبض والحجز التحكمى - سالف الإشارة إليه ص ٣٣٤ وما بعدها.

الفرع الثانى
الدفع ببطلان الاستجواب أو المواجهة

٢٩٧- تمهيد:

نص قانون الإجراءات الجنائية على ضمانتين هامتين بالنسبة لكل متهم فى جناية فى المادتين ١/١٢٤، ١٢٥ منه، وقد نصت الأولى على أنه "فى غير حالة التلبس وحالة السرعة بسبب الخوف من ضيا ع الأدلة، لا يجوز للمحقق فى الجنايات أن يستجوب المتهم، أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور إن وجد". ونصت ثانيتهما على أنه "يجب السماح للمحامى بالاطلاع على التحقيق فى اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة ما لم يقرر القاضى غير ذلك". كما الزم المشرع المحقق بمقتضى المادة ١٢٣ إجراءات بأن يحيط المتهم علما بالاتهام المنسوب إليه، والمادة ١٢٤ بدعوة محاميه إذا كان متهما بجناية. هذا بالإضافة إلى الضمانات العامة المتعلقة بالتحقيق الابتدائى مثل حق المتهم فى حضور جميع إجراءاته ما لم يكن سريا، وعدم جواز الفصل بينه وبين محاميه لأى سبب فى جميع الحالات (المادة ٧٧ إجراءات).

٢٩٨- تعلق الدفع ببطلان الاستجواب أو المواجهة بالنظام العام:

ولقد ثار الخلاف فى الفقه حول بيان طبيعة البطلان المترتب على مخالفة ضمانات الاستجواب حين الدفع بها، وما إن كان مطلقا أم نسبيا.

ويرى جانب من الفقه أن البطلان فى هذه الحالات مطلق ؛ ويستند فى ذلك إلى المادة ١٣ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٧، الذى استمد منه قانوننا هذه الضمانات، وكذلك ما ورد بالمذكرة التفسيرية لقانوننا عن المادة ٣٣٣ وما بعدها منه من أن الأحكام المتعلقة بحرية الدفاع بصفة عامة، وحضور محام عن المتهم فى مواد الجنايات بصفة خاصة مما يتعلق بالنظام العام.[١]

وهناك جانب آخر من الفقه يرى أن عدم دعوة محامى المتهم فى جناية لحضور الاستجواب يرتب بطلانا متعلقا بالنظام العام، ويؤيده رأى قديم فى الفقه فيرى أن مجرد عدم استجواب المتهم فى التحقيق الابتدائى يرتب البطلان، الأمر الذى يلزم معه أن تكون دعوة محامى المتهم فى جناية وجوبيه على أى حال ؛ وان كانت مقرونة بحضور الاستجواب.[٢]

إلا أن اغلب الفقه - ونحن نميل إلى مشاطرته الرأى - يرى أن مخالفة قواعد الاستجواب ترتب بطلانا متعلقا بمصلحة الخصوم ؛ ذلك لان هذه الضمانات مقررة لصالح المتهم وحده، ولأن قانوننا الإجرائى وضع أحكاما خاصة بالبطلان تخالف فى الكثير منها تلك التى يعرفها القانون الفرنسى، من أظهرها أن المادة ٣٣٣ - التى أوردنا نصها فيما سبق - صريحة فى أنها ترتب - على مخالفة الإجراءات الخاصة بالتحقيق الابتدائى بوجه عام - بطلانا نسبيا وليس مطلقا، أما ما ورد بالمذكرة التفسيرية للمادة ٣٣٣ عن حضور محام مع المتهم فى مواد الجنايات فهو مقصور على مرحلة المحاكمة لا التحقيق الابتدائى، الذى يصح أن يجرى بدون حضور محام بالكلية سواء

١- د. محمود محمود مصطفى: الإجراءات الجنائية ط. عام ١٩٦٤ فقرة ٢٢١ ص ٢٢١، احمد عثمان حمزاوى: موسوعة التعليقات - م ١٢٥ ص ٥٥٣ .
٢- د. احمد فتحى سرور: الإجراءات - بند ٢٠٦- ص ٣٧٨، د. توفيق الشاوى: فقه الإجراءات الجنائية بند ٢٧٥ ص ٣٣٣ .

أكانت الواقعة جنحة أم جناية. بل إن المذكرة الإيضاحية للمادة ٣٣٣ ذكرت صراحة حالة مخالفة أحكام الاستجواب بين أحوال البطلان النسبى لا المطلق.

يضاف إلى ذلك أن مخالفة الحظر الخاص باستجواب المتهم - حتى أمام محكمة الموضوع - يترتب عليها بطلان نسبى فيسقط الحق فى إبدائه بمجرد الرضا بالاستجواب، ولو كان ضمنيا مستفادا من عدم الاعتراض عليه والإجابة على الأسئلة ؛ ومن ثم فالبطلان هنا أيضا نسبى ينبغى الدفع به أمام محكمة الموضوع، ولا تملك هذه أن تحكم به من تلقاء نفسها، وان كان لها بطبيعة الحال أن تستبعد الدليل المستمد من الاستجواب أو المواجهة الباطلين كلية إذا لم تطمئن إليه ؛ بما لها من سلطة كافية فى هذا النطاق، وإذا لم يمكن المحامى من الاطلاع على الأوراق فى الميعاد الذى حدده القانون كان الاستجواب أو المواجهة باطلين كذلك، ولكنه بطلان نسبى أيضا كعدم دعوة المحامى، فيجب التمسك به أمام محكمة الموضوع، ولا يمكن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، وذلك لنفس الاعتبارات التى ذكرناها آنفا بالنسبة لإغفال دعوة المحامى إلى الحضور.[1]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "المقرر أن المواجهة كالاستجواب تعد من إجراءات التحقيق المحظور قانونا على مأمور الضبط اتخاذها، والمقصود بالاستجواب المحظور على غير سلطة التحقيق هو مواجهة المتهم بالأدلة المختلفة قبله ومناقشته مناقشة تفصيلية ؛ كيما يفندها إن كان منكرا للتهمة أو يعترف بها إذا شاء الاعتراف، ولما كان البين من محضر جلسة المحاكمة أن الطاعنين لم يدفعا ببطلان أقوالهما بمحضر جلسة الاستدلال وأنها كانت وليدة إكراه أو بناء على استجواب باطل، فإنه لا يقبل منهما إثارة

١- د. محمد سامى النبراوى: "استجواب المتهم" رسالة دكتوراه سنة ١٩٦٨ جامعة القاهرة، ص ٥٥٩ وما بعدها، د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام - ص ٢٦٣ وما بعدها، د. حسن محمد علوب: رسالة دكتوراه: استعانة المتهم بمحام جامعة القاهرة ١٩٧٠، محمد كامل إبراهيم المحامى: النظرية العامة للبطلان فى قانون الإجراءات ط ١٩٨٩ ص ١٤٠ .

ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ؛ ومن ثم فإن منعاهما فى هذا الشأن يكون فى غير محله".[1]

٢٩٩- حق المتهم فى التنازل عن الدفع وأحكامه:

١- والدفع ببطلان الاستجواب مقصور على صاحب الشأن ؛ فلا يجوز أن يتمسك بالبطلان المقرر لصالح المتهم غيره من أطراف الخصومة الجنائية فى الدعوى، حيث أن الدفع به مقصور عليه، وهو الشخص الذى تقررت القاعدة التى خولفت من أجله ؛ أى المستفيد من الحماية القانونية الذى أضر بحقوقه ترك أو إهمال الإجراء، لأن البطلان هنا يكون الجزاء على ذلك، ومن هذا يتضح أن دائرة أصحاب الحق فى التمسك به تضيق تبعا لكون من لهم مصلحة فيه محصورين نسبيا، وليس للمتهم أن يطالب ببطلان الاستجواب على أساس أن إحدى ضماناته قد أهدر بالنسبة لشريك له اعترف عليه ؛ كأن يكون ملف الدعوى لم يوضع تحت تصرف محامى ذلك الشخص فى اليوم السابق، لأن البطلان فى هذه الحالة مقرر لمصلحة الذى ارتكبت المخالفة ضده ولا يصح لغيره أن يثيره حتى ولو كان هناك فائدة تعود عليه من وراء ذلك، حيث أن البطلان مقرر هنا لمصلحة لا تتعلق بالنظام العام، والمسئول مدنيا لا يمكنه أيضا التمسك بالبطلان المقرر لمصلحة المتهم، ولكن إذا كان هذا الأخير قد دفع به ؛ فإنه يستطيع فى تلك الحالة التدخل فى الدعوى. وإذا تعدد المتهمون وتنازل أحدهم عن حقه فى التمسك بالبطلان بالنسبة لواقعة معينة تخصه، كأن يكون قد استجوب دون دعوة محاميه للحضور، فإن باقى زملائه الذين لم يصبهم ضرر مباشر من تلك المخالفة لا يحق لأحدهم إثارته.[2]

١- نقض جنائى جلسة ١٩ مايو١٩٩٣ س٤٤ ق٧٥ ص٥١٨، سة جنائى ٢ أبريل ١٩٩٥ س ٤٦ ق ٩٥ ص٦٣١ .

٢- نقض فرنسى ١٨٩٩/٧/٧ بلتان سنة ١٨٩٩ رقم ١٩٩ - ١٢ سبتمبر ١٩٠٠ بلتان رقم ١٩٦ - ٧ يوليو ١٨٩٩ رقم ١٩٩ - مشار إليهم برسالة د. محمد سامى النبراوى - سالف الإشارة إليها ص ٢٥٠ .

٢- كذلك الحال إذا كانت المخالفة المذكورة فيها اعتداء على حقوق الشركاء، ولكنهم لم يطالبوا بالبطلان اعتمادا على الدفع الذى قدمه المتهم المتعلق بنفس الشأن، فإنه فى حالة رفضه لسبب معين خاص به لا يكون لباقى المتهمين الحق فى التضرر من هذا الأمر، كما لا يمكنهم الطعن من جديد بالبطلان إلا إذا كانت جميع الشروط اللازمة لذلك متوافرة ؛ وأهمها المدة المحددة له. وقصر التمسك بالبطلان على صاحب الشأن يرجع إلى قاعدة عامة تقضى بأن الأحكام المقررة فى القانون لمصلحة خاصة لا يجوز أن يستفيد منها إلا الشخص الذى يصيبه ضرر مباشر من عدم اتباعها، وبالنسبة للنيابة فإن لها الحق فى المطالبة بالبطلان رغم كونه مقررا لمصلحة الخصوم فحسب، فإذا أهمل المحقق مراعاة إحدى ضمانات الاستجواب يصبح للنيابة الحق فى التمسك به بصرف النظر عن رغبة صاحب الشأن.

٣- ويرى جانب من الفقه[١] - ونحن نؤيده - أنه نظرا لأن هذا البطلان مقرر لمصلحة الخصوم ؛ وعلى وجه خاص لحماية حقوق المتهم فمن المنطقى ألا تفرض عليه تلك الوصاية رغم إرادته أو أن يكره على الخضوع لأحكامها حيث لا يصح أن تكون لها صفة مطلقة، فله أن يتنازل عن الضمانات المقررة لمصلحته فى الاستجواب ويطلب سؤاله فورا دون انتظار لدعوة محاميه ووضع ملف الدعوى تحت تصرفه للاطلاع عليه مادام يرى أن هناك فائدة تعود عليه من وراء ذلك، كأن يكون على ثقة من استطاعته إثبات براءته. ومن المسلم به أنه إذا كان المتهم يستطيع التنازل قبل استجوابه فإنه يتمتع بذلك أيضا عقب اتخاذ الإجراء معه، إذ أن الحكمة والنتيجة واحدة فى كل من الحالتين. ولكن ليس لغير المقرر لمصلحته البطلان أن يتنازل عنه. ويجب أن تتوافر لديه الإرادة المتعلقة بهذا الشأن على وجه لا يحتمل أى شك، وهى لا تعتبر قائمة إلا بعد

١-د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص٣٦٤، د. محمد سامى النبراوى رسالة دكتوراه ص٥٦٢ وما بعدها.

أن يعلم بوجود العيب ويظهر من الدلالة ما يؤكد رغبته فى ذلك المسلك. أما إذا كان هناك أكثر من شخص ممن لهم حق التمسك بذات البطلان، فإن التنازل يجب أن يصدر منهم جميعا حتى يزول كل أثر يتعلق به بالنسبة للإجراء. وفى حالة صدوره من بعضهم فإنه لا يسرى فى تلك الحالة إلا فى حقهم وحدهم.

٤- ويجب أن يكون التنازل صريحا حتى يمكن التأكد على وجه قاطع بأن إرادة المتهم قد انصرفت إلى عدم الرغبة فى الاستفادة من الضمانات المقررة لصالحه. فلا يصح أن يكون ضمنيا يستدل عليه من صمت المتهم أو من مجرد عدم اعتراضه على الإجراء المخالف للقانون، وهذا ما أكدته المادة ٢/١٧٠ إجراءات فرنسى حين نصت على وجه خاص بالنسبة للتنازل اللاحق بأن يكون صريحا، وأضافت شرطا لتأكيد تنفيذ ذلك، وهو عدم جواز تمامه إلا فى حضور محامى المتهم أو على الأقل استدعى وفقا للأصول المرعية. ومن البديهى أنه لا توجد ضرورة لهذا القيد إذا كان قد سبق له أن تنازل عن تلك المساعدة.[1]

أما فى قانون الإجراءات المصرى فإنه على خلاف ما ذهب إليه المشرع الفرنسى لم يشترط أن يتم التنازل صراحة، فيجوز أن يكون ضمنيا مستفادا من تصرف صاحب الحق فى التمسك به، كأن لا يدفع به فى الوقت والظروف المحددة لذلك. مثل أن يكون الإجراء المعيب متعلقا بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائى، وتم فى حضور محامى المتهم دون أن يطعن فيه. وفى المخالفات يكتفى بعدم اعتراض المتهم ولو لم يحضر معه محاميا. وكذلك الحال أثناء مرحلة المحاكمة حيث يكون لصاحب الشأن الحق دائما فى أن يتنازل عن التمسك بالبطلان فيزول كل أثر له على أن يثبت بمحضر الجلسة ثم تستمر المحكمة فى نظر الدعوى.

١- Faustin Hêlie . op cit.p 111.

٣٠٠- مراحل التمسك بالدفع:

١- وعن مراحل التمسك بالدفع، فالأمر في فرنسا يختلف عنه في القانون المصرى، ففى فرنسا لا يسقط حق المتهم في التمسك بالبطلان أمام المحكمة لمجرد تقدمه بدفعه أمام التحقيق، ويستطيع أن يدفع به أمام جميع درجات التقاضى بما فيها المحكمة الاستئنافية، ولا يصح أن يؤخذ عليه صمته أمام محكمة الدرجة الأولى حيث لا يعتبر تنازلا وفقا لأحكام القانون الفرنسى إلا الذى يتم صراحة.[١]

٢- أما بالنسبة لأحكام القانون المصرى فيشترط لصحة التمسك بالبطلان أن يدفع به صاحب الشأن بعد وقوعه ,وإلا سقط الحق فى التمسك به، فإذا وقع الإجراء المعيب قبل تقديم الدعوى إلى قاضى التحقيق وجب الدفع به أمامه، وإذا كان هو الذى ارتكب العمل المخالف فعلى الدفا ع التمسك به أمام محكمة الموضوع، وإذا كانت هى التى قامت به لزم الطعن به أمام المحكمة الاستئنافية ولا يمكن إبداؤه أمام محكمة النقض إلا إذا أبدى أمام محكمة الموضوع.

ويترتب على ذلك أيضا أن هذه لا تملك أن تقضى ببطلان الإجراء من تلقاء نفسها ودون دفع به من أحد أو ببطلان ما أسفر عنه من دليل مثل اعتراف المتهم. أما إذا دفع به صاحب المصلحة فى التمسك به وهو المتهم بطبيعة الحال وجب أن يتعرض الحكم فى أسبابه بقبوله أو بما يفنده بأسباب كافية سائغة، وإلا كان قاصرا بما يعيبه ويستوجب نقضه طالما استمد من الدليل الذى قد يكون أسفر عنه الاستجواب أو المواجهة الباطلين عنصرا من عناصره الأساسية التى يقوم عليها. وعلى العكس من ذلك قضت محكمة

١- Cass Crim 24-6-1898 B.N. 234 -
د. سامى صادق الملا: "اعتراف المتهم" رسالة دكتوراه ١٩٦٨ جامعة القاهر ص ٢٥٢ وما بعدها حتى ص ٢٥٨.

النقض المصرية بأنه "لا جدوى من الدفع ببطلان الاستجواب ولا على المحكمة إن لم ترد عليه، طالما أن الحكم قد أخذ الطاعن باعترافه بتحقيقات النيابة. وهو من عناصر الإثبات المستقلة عن الإجراء المدعى ببطلانه.[١]

٣- وقد ذهب البعض إلى أنه يجب على المتهم التمسك بالبطلان قبل التعرض للموضوع باعتباره من الدفوع الشكلية، وأن مناقشة الوقائع تعد بمثابة تنازل عنه، ولكننا لا نتفق مع هذا الاتجاه، و نؤيد الفكرة التى تنظر إلى تلك القاعدة على أساس أنها واقعة قانونية يحددها المشرع وليس سندها من له الحق فى المطالبة بالبطلان، ويترتب على هذا أن قيام الدفاع ببحث الموضوع لا يؤدى إلى تصحيح البطلان و بالتالى لا يعد تنازلا من صاحب الشأن عن التمسك به.[٢]

وفى هذا الشأن نحن نتفق تماما مع الشارح لنفس الأسانيد التى ذكرها، ولأن الدفع بالبطلان عموما هو أحد الدفوع الموضوعية. وهو ذو طابع أولى بذات المعيار المتبع فى بيان الطبيعة لكل دفع على حدة.

١- نقض جنائى جلسة ٩ مارس ١٩٩٣ ط رقم ١١٦٤٦ لسنة ٦٦ ق س ٤٤ ق ٣٢ ص ٢٤٦ جلسة ٢
٢- د. محمد سامى النبراوى رسالة الدكتوراه المشار إليها (استجواب المتهم) عام ١٩٦٨ ص ٥٦٧ .

الفرع الثالث

الدفع ببطلان الاعتراف

٣٠١- تمهيد:

ما سبق بيانه عن الدفع ببطلان القبض أو التفتيش أو الاستجواب أو المواجهة يمكن القول به عن الدفع ببطلان اعتراف المتهم[1] الذى يبطله صدوره عقب قبض أو تفتيش باطلين، أو بتأثير أيهما، أو فى استجواب أو مواجهة باطلين، كما يبطله أيضا - على وجه خاص - صدوره بسبب "إكراه مادى أو أدبى"، وهو وإن كان يستند إلى قواعد معينة فى القانون الإجرائى ؛ إلا أنه يعد فى حكم الدفوع الموضوعية لتعلقه بتقدير القوة التدليلية لأدلة الجريمة ؛ ومن ثم فهو يتطلب فى إثباته تحقيقا موضوعيا ينفذ إلى موضوع الجريمة ذاتها، وهو ما حدا بنا إلى اعتباره دفعا موضوعيا.

١- والاعتراف فى الشريعة الإسلامية هو الإقرار وجاء به فقهاء الشريعة الإسلامية من قوله تعالى: "فاعترفوا بذنبهم" سورة الملك الآية ١١، وقوله تعالى: "وآخرون اعترفوا بذنبهم" سورة التوبة الآية ١٠٢ وفى الحديث إذ روى عن النبى صلى الله عليه وسلم (أنه قال " وأغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها". وجاء الإقرار بلفظه فى قوله تعالى: "قال: أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصرى، قالوا أقررنا، قال فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين." سورة آل عمران الآية ٨١ والإقرار فى مقام "الجنايات" هو شهادة الإنسان على نفسه بأنه ارتكب موجب الحد أو القصاص أو التعزير. فهو تسليم بصحة وقوع الواقعة الإجرامية من المقر. وشهادة على النفس يجب على القاضى أن يتأكد من صحتها أو تلقائيتها (د. محى الدين عوض: المتهم وحقوقه فى الشريعة الإسلامية) - الجزء الثانى ص ٢٣٢ وما بعدها - مقال بمركز الدراسات الأمنية بالرياض عام ١٩٨١.

٣٠٢- سلطة محكمة الموضوع حيال الدفع ببطلان الاعتراف:

١- ينبغى عند إثارة الدفع ببطلان الاعتراف عدم الخلط بين "الإجراء" و"الدليل" فالاعتراف هو أحد أدلة الدعوى. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "من المقرر أن الاعتراف فى المسائل الجنائية لا يخرج عن كونه دليلا من أدلة الدعوى، يخضع لتقدير محكمة الموضوع كسائرالأدلة.[١] وقد يترتب على أحد الإجراءات كالاستجواب أو المواجهة أو القبض أو التفتيش، وفى هذه الحالة يكون نتيجة، ولكنه ليس بطبيعته إجراء، ولذلك فإنه إذا وقع بطلان فى أحد الإجراءات كالتفتيش أو الاستجواب، ينبغى بيان الصلة وعلاقة السببية بين الاعتراف وهذا الإجراء الباطل. أى بيان أنه "لولا هذا الإجراء الباطل لما حصل الاعتراف". ولمحكمة الموضوع أن تقدر قيمة الاعتراف الصادر من المتهم فإذا رأت أن الاعتراف لم يصدر نتيجة الإجراء الباطل، بل كان المتهم فيه حرا مختارا، غير واقع تحت تأثيره، كان لها التعويل على الاعتراف كدليل قائم بذاته مستقل عن هذا الإجراء، فلا ينسحب إليه بطلانه، وإلا تعين عليها أن تهدر الاعتراف كنتيجة حتمية لإهدار ما أسفر عنه من إجراء، ويعد الاعتراف دليلا مستقلا عن الإجراء الباطل ومن باب أولى إذا صدر أمام محكمة الموضوع حيث يكون قد زال بطبيعة الحال تأثير الإجراء الباطل.[٢] وتقدير توافر الصلة بين الاعتراف وما سبقه من إجراءات أو انتفائها هو من المسائل الموضوعية التى يفصل فيها القاضى حسبما ينكشف له من ظروف الدعوى وملابساتها.[٣]

١- نقض جنائى جلسة ٢٧ مايو ١٩٧٩ س ٣٠ ق ١٢٩ ص ٦١٠ .

٢- محمد كامل إبراهيم المحامى: النظرية العامة للبطلان فى قانون الإجراءات ط ١٩٨٩ ص ١٣٢ وما بعدها، نقض جلسة ١٦ مايو ١٩٩٥ س ٤٦ ق ١٣٠ ص ٨٥٩ .

٣- نقض جنائى جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٧٣ س ٢٤ ق ٢٥٠ ص ١٢٣٣ ١٧ أكتوبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٤٩ ص ١٠٤٧، ٧ مارس ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٤٨ ص ٣٣٧ .

٢- وقد يكون الاعتراف صحيحا فى جزء وغير صحيح فى الجزء الأخر كما فى اعتراف القاتل بقتل المجنى عليه وهذا صحيح، وزعمه أن زوجته كانت تخونه مع هذا الأخير ؛ وهذا غير صحيح. أو اعتراف اللص بأنه سرق بمفرده مع أنه كان معه مساهمون آخرون وذلك ليدرأ عن نفسه العقوبة بسبب التعدد. فهنا يكون للمحكمة تجزئة الاعتراف والأخذ بما فيه من جزء صحيح و إطراح الباقى منه، ذلك لأن الإثبات فى المواد الجنائية لا يحكمه المبدأ المنصوص عليه فى المادة ١٠٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالإثبات فى المواد المدنية والتجارية ومؤداه أنه "لا يتجزأ الإقرار على صاحبه" فى صدد الواقعة الواحدة، لأنه بينما لا تجوز تجزئة الإقرار بشان واقعة بعينها فى المواد المدنية، بحيث يؤخذ به كله أو يطرح كله، فإنه تجوز هذه التجزئة على العكس فى المواد الجنائية[1] وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من حق محكمة الموضوع أن تجزئ الدليل ولو كان اعترافا فتأخذ منه بما تطمئن إليه وتطرح ما عداه لتعلق ذلك بسلطتها فى تقدير أدلة الدعوى.[2]

٣٠٣- أحكام الدفع واتصاله بالنظام العام:

إذا كان الدفع ببطلان الاعتراف "دفع جوهرى" ينبغى أن يثار أمام محكمة الموضوع. وتلتزم هذه وجوبا بالرد عليه فى حكمها ردا صحيحا فى القانون مستمدا من أوراق الدعوى وظروفها ؛ طالما انعقدت للدفع الخصائص التى بيناها فيما سبق من حيث كونه جدى وصريح وعلى وجه جازم فإن إغفال الرد عليه يعيب الحكم بقصور فى تسبيبه.[3] إلا أن نوع البطلان المترتب

١- د. رمسيس بهنام: الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ص ٦٩٨ وما بعدها.
٢- نقض جنائى جلسة ١٤ أبريل ١٩٨٥ س ٣٦ ق ٩٨ ص ٥٦٧ ، ٢٣ مايو ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٩٦ ص ٦٧٧ .
٣- نقض جنائى جلسة ٧ يناير ١٩٨٨ س ٣٩ ق ١٠ ص ١١٢، ٤ فبراير ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٢٣ ص ١٥٣ .

عليه يثير تساؤلا بحسب ما إذا كان وليد إجراء باطل كالقبض أو التفتيش، أم أنه وليد "إكراه أو التعذيب".

والحالة الأولى يجمع الفقه وكذلك أحكام محكمة النقض على أن البطلان المترتب عليها بطلان نسبى يجب على المتهم التمسك به من تلقاء نفسه أمام محكمة الموضوع حتى تلتزم المحكمة بالرد عليه، ولا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض.[1] إلا أن غالب الفقه يرى أن الدفع ببطلان الاعتراف لصدوره عن إكراه يعتبر دفعا متعلقا بالنظام العام"[2] ؛ حينما يكون على الأقل هذا الإكراه ماديا وصادرا من موظف مختص، لأنه يتضمن ارتكاب جريمة صريحة مما نصت عليه المادة ١٢٦ عقوبات، التى تعاقب - كل موظف أو مستخدم عمومى أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه فحمله ذلك على الاعتراف - بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشر، وإذا مات المجنى عليه يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمدا. بل ويزيد جانب آخر من الفقه القول أن من آثار اعتبار اعتراف المتهم نتيجة للتعذيب أو التهديد به باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام، عدم جواز التنازل عن التمسك بالبطلان ولو رضى به صاحب الشأن، ويجب على محكمة الموضوع أن تقضى به من تلقاء نفسها باعتبار أن البطلان هنا يتمثل فى حماية الشرعية الإجرائية، ويجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض.[3]

١- نقض جنائى جلسة ١٨ فبراير ١٩٨٧ س ٣٨ ص ٣٠١ .
٢- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام ص ٣٧٠ - محمد كامل إبراهيم المحامى. نظرية البطلان ص ١٣٣ - د. محمد على سالم عياد الحلبى "ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحرى والاستدلال فى القانون المقارن" ط ١٩٨١ ص ٢٠٣، د. سامى صادق الملا: اعتراف المتهم دراسة مقارنة عام ١٩٦٨ سالف الإشارة إليها رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ص ٢١٠ وما بعدها.
٣- د. عمر فاروق الحسينى: إكراه المتهم لحمله على الاعتراف ص ٢٨٢ وما بعدها، د. احمد فتحى سرور: الوجيز فى الإجراءات الجنائية ص ٤٤٥، د. حسنى الجندى: الدفع ببطلان الاعتراف ط ١٩٩٠ ص ٧٦ .

غيـر أن مـحكمـة النقض لم تـأخـذ بهـذا الاتجـاه وتواترت أحكامـهـا على مخالفته، ومن ذلك ما قضت به من أن "الدفع بحصول الاعتراف نتيجة إكراه لا يقبل لأول مرة أمام محكمة النقض".[١] وكذلك ما قضت به من أنه "لما كان لا يبين من محاضر جلسات المحاكمة أمام درجتى التقاضى أن الطاعن قد دفع بأن الاعتراف المنسوب إليه قد صدر منه نتيجة إكراه وقع عليه أثناء التحقيق معه فإنه لا يكون له من بعد النعى على المحكمة قعودها عن الرد على دفاع لم يثر أمامها، ولا يقبل منه التحدى بذلك الدفاع الموضوعى لأول مرة أمام محكمة النقض."[٢] ومن ذلك ما قضت به أيضا من أن "الاعتراف فى المواد الجنائية من العناصر التى تملك محكمة الموضوع كامل الحرية فى تقدير صحتها وقيمتها فى الإثبات، فلها - دون غيرها - البحث فى صحة ما يدعيه المتهم من أن الاعتراف المعزو إليه قد انتزع منه بطريق الإكراه، وإن المحكمة إذ تحققت للأسباب السائغة التى ساقتها على النحو المتقدم - من أن الإصابة منبتة الصلة تماما باعترافه الذى أدلى به فى كل من محضر جمع الاستدلالات وتحقيق النيابة، واطمأنت إلى أن هذا الاعتراف سليم مما يشوبه - تكون قد مارست السلطة المخولة لها بغير معقب ؛ ولو صح ما يثيره الطاعن من استجوابه قد تم فى حضرة مخبرى المباحث المكلفين بحراسته، لأن مجرد حضورهم وخشيته منهم لا يعد قرين الإكراه المبطل لاعترافه لا معنى ولا حكما."[٣]

١- نقض جلسة ٢٧ أكتوبر١٩٨٥ س٣٦ ق١٧٠ ص٩٣٥، ١٢مارس ٢٠٠٠ ط رقم ٢٦٢٩٣ لسنة ٦٧ ق لم ينشر بعد ومشار إليه بالمستحدث من المبادئ الجنائية الصادرة من المكتب الفنى لمحكمة النقض عام ٢٠٠١ .

٢- نقض جنائى جلسة ٧ مارس١٩٨٥ س٣٦ ق٥٩ ص٣٤٢، ٩ ديسمبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٨٨ ص ١٢٩٣ .

٣- نقض جنائى جلسة ٢٦ أكتوبر ١٩٧٨ س ٢٩ ق ١٤٦ ص ٧٢٧، ٦فبراير ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٢٩ ص ١٧٩ .

ومما سبق من هذه الأحكام يتبين لنا أن الدفع ببطلان الاعتراف عموما سواء لتولده عن إجراء باطل كالقبض أو التفتيش أو جاء نتيجة إكراه لا يتعلق بالنظام العام بحسب الضوابط التى صارت عليها محكمة النقض بالنسبة للدفوع الموضوعية عموما من أنها يجب أن تبدى صراحة أمام محكمة الموضوع حتى يصح التمسك بها أمام محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون وليست محكمة موضوع، ومن أنه لا يجوز التمسك بهذا الدفع أمام محكمة النقض لأول مرة ما لم يظهر أنه سبق التمسك به أمام محكمة الموضوع، لما يستلزمه ذلك من ضرورة إجراء تحقيق موضوعى يخرج عن وظيفة محكمة النقض ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الذى سارت عليه محكمة النقض للتلازم فى القول بين أن دفعا متعلقا بالنظام العام وجواز إبدائه أمام محكمة النقض لأول مرة، وللاعتبارات التى سار عليها قضاء النقض فى هذا الشأن من أن محكمة النقض محكمة قانون وليست محكمة موضوع حتى تجرى تحقيقا موضوعيا للتحقق من صحة الدفع. غير أنه إذا دفع بأن الاعتراف كان وليد إكراه وقع على المتهم وكانت المحكمة قد استندت فى حكمها ضمن ما استندت إليه فى إدانة المتهم إلى اعترافه بالتحقيقات دون أن تعرض لما قرره المتهم من دفاع أو ردت عليه ردا سائغا فإن حكمها يكون معيبا بالقصور ولا يغنى عن ذلك ما أوردته المحكمة من أدلة أخرى. ذلك أن الأدلة فى المواد الجنائية متساندة إذا سقط أحدها أو استبعد تعذر التعرف عن مبلغ الأثر الذى كان للدليل الباطل فى الرأى الذى انتهت إليه المحكمة.[1]

كما قضت بأن "الدفع ببطلان الاعتراف لصدوره وليد إرادة منعدمة غير واعية وتحت تأثير المخدر هو دفاع جوهرى فى خصوصية الدعوى وفق الصورة التى اعتنقتها المحكمة. ويتضمن المطالبة الجازمة بتحقيقه عن طريق

١- نقض جنائى جلسة ٧ يناير ١٩٨٨ س ٣٩ ق ١٠ ص ١١٢ ، ٤ فبراير ١٩٩٦ س ٤٧ ق ٢٣ ص ١٥٣ سالف الإشارة إليه.

المختص فنيا - وهو الطب الشرعى - ولا يقدح فى هذا أن يسكت الدفاع عن طلب دعوة أهل الفن صراحة. وكان الحكم المطعون فيه قد استند بين ما استند إليه - فى إدانة الطاعن إلى اعترافه، واكتفى على السياق المتقدم بالرد على الدفع بألا يواجهه و ينحسم به أمره ويستقيم به إطراحه ودون أن يعنى بتحقيق هذا الدفاع عن طريق المختص فنيا. فإن الحكم فوق قصوره يكون منطويا على الإخلال بحق الدفاع بما يعيبه.[1]

والدفع ببطلان الاعتراف شأنه شأن سائر الدفوع الموضوعية المتعلقة بمشروعية أدلة الجريمة - ذو طابع أولى - حسب المعيار الذى سرنا على نهجه لكل دفع على حدة.

١- نقض جنائى جلسة ٢١ يوليو ١٩٩٧ ط رقم ٩٣٦٧ لسنة ٦٥ ق لم ينشر بعد، نقض جلسة ١٥ ديسمبر ١٩٩٨ ط رقم ٨٧٥٣ لسنة ٦٥ ق. لم ينشر بعد.

الفرع الرابع
الدفع ببطلان تسجيل المحادثات وضبط الرسائل

٣٠٤ - التعريف بالدفع ببطلان تسجيل المحادثات وضبط الرسائل:

الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بمراقبة المحادثات وتسجيلها وضبط الرسائل والبرقيات يخضع فى النهاية لرقابة قاضى الموضوع فإذا قدر أن هذه الإجراءات حينما اتخذت لم يكن منها فائدة فى ظهور الحقيقة باعتبار أن هذه الفائدة هى المبرر وأحد الأسانيد الشرعية لاتخاذ هذه الإجراءات. فإنه يقضى ببطلانها على أساس تخلف السند الشرعى لها. فهو هناك يمارس نوعا من الرقابة على قاضى التحقيق أو القاضى الجزئى الذى طلبت منه النيابة أن يأذن لها باتخاذ هذه الإجراءات فى تقديره لمدى فائدة هذه الإجراءات فى إظهار الحقيقة، فالفائدة من هذه الإجراءات هى الضرورة التى تبيح اتخاذها باعتبارها محرمة أصلا بحكم الدستور، وهو حينما أباحها على سبيل الاستثناء، فإنه قيد هذا الاستثناء بشرط وجود أمر قضائى مسبب، ومن خلال الرقابة على أسباب هذا الأمر القضائى يستطيع قاضى الموضوع أن يتأكد من توافر مبررات هذا الإجراء من عدمه. ولذلك فإنه إذا كان الأمر القضائى الذى استندت إليه هذه الإجراءات قد صار خاليا من الأسباب فإنه يكون باطلا. ويبطل أيضا كل ما ترتب على تنفيذ هذا الأمر من إجراءات ونتائج متى كانت مرتبطة به كارتباط السبب بالنتيجة، إذ لولا هذا الأمر الباطل لما وقعت هذه الإجراءات والنتائج. ويبطل الأمر القضائى أيضا إذا كان مبنيا على أسباب

غير كافية لاتخاذ هذه الإجراءات أو إذا كانت هذه الأسباب وهمية. ويبطل هذا الأمر كذلك إذا صدر فى غير الحالات التى عينها القانون كأن تكون عقوبة الجنحة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو إذا كان القانون قد قرر لها عقوبة الغرامة فحسب. ومن باب أولى إذا كان القانون لم يجرم الأفعال التى صدر بشأنها هذا الأمر. ومن أسباب البطلان بطلان الإجراءات السابقة عليه إذا كانت قد أثرت فيه. كما إذا طلب مأمور الضبط القضائى هذا الأمر مباشرة من القاضى الجزئى. إذ كان ينبغى عليه أن يلجأ أولا للنيابة العامة باعتبارها السلطة المختصة أصلا بالتحقيق.[1] وبالنسبة لإجراءات الضبط والمراقبة فإنها تبطل بداهة إذا كانت مبينة على أمر باطل، وتبطل كذلك إذا كانت قد اتخذت بعد انتهاء المدة المحددة بالأمر، وإذا كانت قد اتخذت بعد انتهاء المدة وقبل تجديد الأمر لمدة ؛ أو مدد أخرى مماثلة أو إذا قام مأمور الضبط القضائى بتنفيذ الأمر مباشرة دون ندب من النيابة أو قاضى التحقيق، أو إذا كان ندبه لاتخاذ هذه الإجراءات قد شابه عيب يبطله أو إذا ثبت أنه قام بالضبط أو المراقبة قبل الندب أو قبل صدور الأمر القضائى ؛ وإن كان هذا يعرضه للمسائلة الجنائية وفقا لنص المادة ٣٠٩ مكررا عقوبات المضافة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢[2] .

٣٠٥- أحكام الدفع:

وتتوقف عدم شرعية استماع أو تسجيل الأحاديث الشخصية على عدم رضاء صاحب الشأن بهذا الاستماع أو التسجيل. فهذا الرضاء هو الذى يمحو من الأحاديث الشخصية خصوصيتها فيزيل سريتها ويرفع بالتالى عنها الحماية التى قررها القانون. والرضاء كما يكون صراحة يكون ضمنيا. ومثال الرضاء الضمنى أن يعلم المتحدث أن كلامه يجرى تسجيله ولكنه يمضى فى الحديث غير عابئ بذلك. أو أن يتحدث مع زميله فى مكان خاص بصوت

١- محمد كامل إبراهيم المحامى: النظرية العامة للبطلان فى قانون الإجراءات الجنائية. سالف الإشارة إليه ص١٣٤ وما بعدها.

٢- نقض جنائى جلسة ١ نوفمبر ١٩٩٥ س ٤٦ ق ١٧٠ ص ١١٣٤ .

مسموع فى المكان العام المجاور له. وقد نصت المادة ٣٦٨ من قانون العقوبات الفرنسى على أنه إذا وقع تسجيل الحديث خلال الاجتماع بعلم أو برؤية المشتركين فى الحديث، فيفترض رضاؤهم بهذا التسجيل. وهى قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس.[1]

وفى القانون المصرى نصت المادة ٣٠٩/ ٤ مكرر على أنه "إذا صدرت الأفعال المشار إليها فى الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرآى من الحاضرين فى ذلك الاجتماع فإن رضاء هؤلاء يكون مفترضا".

وحرية الأحاديث الشخصية هى فرع من حرمة الحياة الخاصة،التى تعتبر من الحقوق الشخصية، وهى حقوق لا يجوز التنازل عنها و الرضاء بالاستماع للأحاديث الشخصية ليس تنازلا عن حرمتها و إنما هو إزالة لخصوصيتها الأمر الذى يرفع حرمتها بوصفها ملازمة لخصوصيتها. وحرمة هذه الأحاديث يملكها جميع أطرافها بغير استثناء، ومن ثم فإن رضاء أحد الأطراف بتسجيل الحديث الذى يجريه مع غيره لا ينصب فقط على حياته الخاصة وحدها وإنما يمس حياة الطرف الآخر وهو لا يملكه، فإذا أراد شخص أن يخرج حديثه مع غيره من دائرة حياته الخاصة التى تتمتع بالحرمة فيسمح بتسجيل هذا الحديث، فلا يجوز أن يفعل ذلك بغير رضاء سائر أطراف الحديث الذى يدلون به فى نطاق حياتهم الخاصة والتى تتمتع بالحرمة.

٣٠٦- تعلق الدفع بالنظام العام:

والدفع ببطلان إجراءات التسجيل - فى صورة الدعوى - يعد دفاعا جوهريا لاتصاله بمشروعية مصدر الدليل المطروح فيها، بما يتعين معه على المحكمة أن تعرض له وتعنى بتمحيصه إذا دفع به، وتقسطه حقه فتأخذ به أو تفنده بأسباب سائغة، فإذا لم تفعل وأغفلت ذكره إيرادا له وردا عليه ؛ رغم

١- د. احمد فتحى سرور: الإجراءات المرجع السابق ص ٣٨٣ .

أنها عولت على الدليل المستمد منه فإن حكمها يكون معيبا بالقصور.[1] ولكن لا يعنى ذلك تعلق هذا الدفع بالنظام العام ,لأن البطلان الحاصل به هو من النوع النسبى الذى يسقط بإجازة صاحب الصفة فيه. ولا على المحكمة كذلك إذا تعرضت له تزيدا بعد استيفائها أدلة الإدانة. طالما أنها أقامت حكمها بثبوت الجريمة على ما يحمله من أدلة أخرى وكان لا أثر لما تزيدت إليه فى منطقها أو فى النتيجة التى انتهت إليها فى حكمها. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض[2] بأنه "لما كان البين أن الحكم قد عول فى إدانة الطاعن على الأدلة المستقاة من شهادة شهود الإثبات وهى أدلة سائغة وكافية فى حمل قضائه وأنه بعد أن أوردها استطرد إلى القول بأن محضر تفريغ المحادثات المسجلة بين المتهم والشاهد الأول أبان أنها تدور حول وقائع الرشوة. فإنه يكون من غير المنتج النعى على الحكم فى شأن هذه التسجيلات طالما أنه لم يستطرد إليها إلا تزيدا بعد استيفائه أدلة الإدانة.[3]

وإذا كان الدفع ببطلان التسجيل على النحو المشار إليه دفعا موضوعيا إلا أنه من الدفوع القانونية المختلطة بالواقع حسب تعريف محكمة النقض له ولا تجوز إثارته لأول مرة أمام هذه المحكمة ما لم تكن قد أثيرت بالفعل أمام محكمة الموضوع. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان البين من محضر جلسة المحاكمة أن الطاعن لم يدفع ببطلان إجراءات تسجيل واقعة عرض الرشوة، فليس له أن يدفع بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه دفع قانونى يخالطه واقع".[4] وهو ذو طابع أولى شأنه فى ذلك شأن الدفوع الموضوعية بحسب المعيار المتبع فى البحث.

١- نقض جنائى جلسة ١١ مارس ١٩٨٦ س ٣٧ ق ٧٩ ص ٣٧٧ ، ٢٣ ديسمبر ١٩٨٥ س ٣٦ ق ٢١٤ ص ١١٥٧، ١ يناير ١٩٩٥ س ٤٦ ق (١) ص ٢٤ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٧ نوفمبر ١٩٨٨ س ٣٩ ق ١٦٣ ص ١٠٧٤ .
٣- نقض جنائى جلسة ٢٣ يناير ١٩٩٤ س ٤٥ ق ٢١ ص ١٣٧، ١ نوفمبر ١٩٩٥ س ٤٧ ق ١٧٠ ص ١١٣٤ .
٤- نقض جنائى جلسة ٨ ديسمبر ١٩٨٢ س ٣٣ ق ١٩٩ ص ٩٦٢ .

المطلب الثالث
الدفوع التى تهدف إلى انتفاء صحة الدليل
(الدفع بالتزوير)

٣٠٧- مضمون الدفع بالتزوير:

هذا النوع من الدفوع - رغم أن له طبيعة فرعية - لا تتولى المحكمة التى تنظر الدعوى الفصل فيه، إلا أننى رأيت عرضه مع الدفوع الموضوعية ؛ لأنه يتعلق بصحة الدليل المقدم فيها، ومن ثم فإننا نستعرضه ضمن الدفوع الموضوعية المتعلقة بمشروعية أدلة الجريمة.

ولقد نظم المشرع كيفية الدفع بالتزوير بصفة عامة، أى بطريق التبعية لدعوى أصلية تحرر أو تقدم فيها ورقة رسمية أو عرفية عندما يدعى أحد الخصوم بتزويرها، وذلك فى المواد ٢٩٥ وما بعدها من قانون الإجراءات الجنائية، وقد توخى فى ذلك تبسيط الإجراءات ؛ ولم يشأ الأخذ بما ورد فى قانون المرافعات عن دعوى التزوير الفرعية، ومما ينبغى الإشارة إليه أن هذه القواعد قد وضعت للعمل بها، سواء أكانت الدعوى الأصلية لا تزال فى مرحلة التحقيق أم كانت منظورة لدى المحكمة.

٣٠٨- أحكام الدفع بالتزوير:

١- يجرى الطعن بالتزوير وجوبا حين يراد إثبات عكس ما ورد بمحاضر الجلسات والأحكام. أما فى غير ذلك من الأوراق والمحاضر والمحررات المقدمة فى القضية فيكون جائزا. والقواعد المقررة فى القانون للطعن بالتزوير تكون واجبة التطبيق فى الدعاوى الجنائية أو المدنية التى ترفع للقضاء الجنائى، أما طريق الطعن بالتزوير المنصوص عليه فى قانون المرافعات فينطبق فقط على الطعون فى المحررات المقدمة فى الدعاوى التى تنظرها المحاكم المدنية.[١]

وقد نصت المادة ٢٩٥ على أن "للنيابة العامة ولسائر الخصوم - فى أية حالة كانت عليها الدعوى - أن يطعنوا بالتزوير فى أية ورقة من أوراق القضية ومقدمة فيها". ومعنى ذلك أن للنيابة العامة والمتهم والمجنى عليه والمدعى المدنى والمسئول عن الحقوق المدنية هم الذين يحق لهم الطعن بطريق التزوير عن طريق دعوى التزوير الفرعية. ولم يتحدث المشرع عن مدى إمكان التقرير بالتزوير من قبل المحكمة التى تنظر الدعوى إذا تشككت فى صحة المحرر أو المستند ؛ إذ فى هذه الحالة يحق لها إطراحه دون الحاجة إلى تقرير تزويره. غير أن هناك بعض المحاضر والأوراق تكون ملزمة للمحكمة، من حيث ما ورد بها من وقائع ؛ وهذه هى محاضر الجلسات والأحكام، فهل يجوز للمحكمة التقرير بالتزوير بالنسبة لتلك المحاضر؟.

يرى جمهور الفقه أنه لا يمكن أن يحرم القانون المحكمة من التقرير بالتزوير و يلزمها فى الوقت ذاته بحجية هذه الأوراق : لذلك فهم يرون أنه يحق للمحكمة أن تتحقق من واقعة التزوير وإذا ثبت لها، أن تقرر بتزوير محضر الجلسة أو الحكم وتطرحه جانبا.[٢]

١- د. مأمون سلامة: المرجع السابق ص ٨٠٤ وما بعدها.
٢- د. مأمون سلامة: المرجع السابق ص ٨٠٥، د. احمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون الإجراءات ص ٣٥٢، د. حسنى الجندى: وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائى ص ٣٨٤ .

٢- ويثور التساؤل حول وجوب سلوك طريق الدفع بالتزوير واتباع إجراءاته المنصوص عليها فى المواد المنظمة لذلك (٢٩٦ ، ٢٩٧) من قانون الإجراءات الجنائية.

ويرى جانب من الفقه[١] أنه لا يقبل من أى خصم من الخصوم الادعاء بعكس الثابت فى أوراق الدعوى أو محاضر الجلسات أو الأحكام مادام لم يسلك سبيل الطعن بالتزوير. وان عدم إجابة المحكمة لطلبه لا يعد إخلالاً بحق الدفاع أو قصورا فى التسبيب ؛ وعلى ذلك فهو يشترط لقبول دعوى التزوير الفرعية أن يطعن صاحب الشأن على الورقة بالتزوير، فإذا لم يفعل فإنه لا يحق له النعى على الحكم التفاته عن هذا الطعن. وان هذا ينطبق على حالات الطعن بالتزوير الوجوبية أو الجوازية.

غير أن جانبا آخر من الفقه[٢] يرى أن للخصم الحق فى مناقشة أدلة الإثبات شفويا فى الجلسة ولو تمثلت فى الأوراق المقدمة فى الدعوى ؛ وفى هذه الحالة لا يصح قانونا مطالبته - ولو كانت الورقة من الأوراق الرسمية - بأن يسلك طريق الطعن بالتزوير و إلا اعتبرت الورقة صحيحة، وذلك عدا محضر الجلسة أو الحكم إذا ذكر فيه أن الإجراءات قد اتبعت وحاول الخصم عدم اتباعها، ففى هذه الحالة لا مناص من الالتجاء إلى الطعن بالتزوير (مادة ٣٠ من قانون النقض).

٣٠٩- اتجاه محكمة النقض فى مسألة وجوب اتباع إجراءات الطعن بالتزوير على أدلة الدعوى الجنائية:

ونحن نؤيد هذا الاتجاه من الفقه لا سيما وأن محكمة النقض قد أخذت به فى اكثر من حكم لها، فلقد قضت بأن "المحكمة متى قدم إليها دليل بعينه

١- د. حسنى الجندى: المرجع السابق ص ٣٧٢ .
٢- د. احمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون الإجراءات ط. ١٩٩٣ ص ٧٢٢ .

فواجب عليها تحقيق هذا الدليل مادام ذلك ممكنا ؛ بغض النظر عن مسلك المتهم فى شأن هذا الدليل، لأن تحقيق أدلة الإدانة فى المواد الجنائية لا يصح أن يكون رهنا بمشيئة المتهم فى الدعوى...والمتهم عندما يدعى أثناء المحاكمة بتزوير ورقة من الأوراق المقدمة فى الدعوى كدليل ضده، لا يصح قانونا مطالبته – حتى ولو كانت الورقة من الأوراق الرسمية – بأن يسلك طريق الطعن بالتزوير؛ وإلا اعتبرت الورقة صحيحة فيما تشهد عليه. إذ أن مناط الإثبات فى المواد الجنائية بحسب الأصل – وفيما عدا ما ورد بشأنه نص خاص – هو اقتناع القاضى واطمئنانه إلى ذات الدليل المقدم إليه ؛ إذ أن القانون الجنائى لم يجعل لإثبات التزوير واستعمال المحرر المزور طريقا خالصا، ومن ثم فإنه يجب ألا يتقيد فى تكوين عقيدته بأى قيد من القيود الموضوعية للأدلة فى المواد المدنية. وإذن فمتى كان المتهم قد ادعى بالتزوير وإن لم يسلك طريق الطعن به فقد كان على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وأن تقول كلمتها فيه، وما دامت هى لم تفعل فى ظروف تدل على أنها رأت نفسها مقيدة بغير حق لمسألة قانونية ؛ فإن ذلك – بالإضافة إلى ما سبق – خطأ يوجب نقض الحكم المطعون فيه".[1]

أما فى شأن وجوب سلوك طريق الطعن بالتزوير صراحة و التمسك به فى شأن محضر الجلسة والحكم ؛ فقد قضت بأن "الأصل – طبقا للمادة ٣٠ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩– بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض أن الإجراءات قد روعيت ؛ فلا يجوز للطاعن أن يجحد ما ثبت بمحضر الجلسة وما أثبته الحكم، أيضا من صدوره بجلسة ١٩٧٥/٦/٩ إلا بالطعن بالتزوير ؛ وهو ما لم يفعله، فإنه لا يقبل منه ما يثيره فى هذا الخصوص.

١- نقض جنائى جلسة ١٧ أبريل ١٩٩٦ س٤٧ ق٧٤ ص٥٢٦، جلسة ٢٣ أكتوبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٥٦ ص١٠٨٥ .

والاستناد فيه إلى التحقيقات التى تقول أن النيابة قد أجرتها فى شكواه التى تقدم بها فى هذا الشأن".[1]

٣١٠- موضوع الطعن بالتزوير:

ويمكن أن ينصب موضوع الطعن بالتزوير على أية ورقة من أوراق الدعوى أو المقدمة فيها، يستوى فى ذلك أن تكون ورقة مقدمة فى الدعوى لاستخلاص دليل منها، كما يستوى أن تكون هذه الأوراق هى محاضر إثبات وقوع إجراءات معينة بوشرت بمعرفة سلطة التحقيق أم كانت بوشرت بمعرفة سلطة حكم. سواء أكان القانون يضفى عليها حجية معينة من حيث إثبات ما ورد فيها أم كان يمكن إثبات عكسها بكافة الطرق أم كانت غير ذى حجية على الإطلاق.[2]

ويشترط فى المحرر المطعون فيه أن يكون متضمنا وقائع يمكن أن تؤثر على حكم القاضى فى الدعوى الجنائية. ويستوى بعد ذلك أن يكون حكما إجرائيا أم حكما فاصلا فى الموضوع. ولذلك فالطعن بالتزوير هو من وسائل الدفاع التى تخضع لإطلاقات المحكمة ؛ فيجوز لها ألا تحقق بنفسها الطعن، وألا تحيله إلى النيابة العامة لتحقيقه إذا قدرت أن الطعن غير جدى وان الدلائل عليه واهية.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن الطعن بالتزوير فى ورقة من الأوراق المقدمة فى الدعوى هو من وسائل الدفاع التى تخضع لتقدير المحكمة، فيجوز لها ألا تحقق بنفسها الطعن بالتزوير وألا تحيله للنيابة العامة

١- نقض جنائى جلسة ٢٠ مارس ١٩٧٨ س ٢٩ ص ٣١٥، ١٦ مايو ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٦٨٨، ٤ نوفمبر ١٩٩١ س ٤٢ ق ١٥٥ ص ١١١٩ ، ٩ ديسمبر ١٩٩١ س٤٢ ق ١٨١ ص ١٣٠٧، ١٦ ديسمبر ١٩٩١ س٤٢ ق ١٨٥ ص ١٣٤٢، ٩ أكتوبر ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٣٧ ص ٩٥١ .

٢- د. مأمون سلامة: المرجع السابق ص ٨٠٥ .

وألا توقف الفصل فى الدعوى الأصلية إذا قدرت أن الطعن غير جدى وأن الدلائل عليه واهية".[1]

٣١١- مرحلة الطعن بالتزوير:

والطعن بالتزوير جائز فى أية حالة كانت عليها الدعوى ؛ فلا يلزم أن يطعن بالتزوير أمام المحكمة عند إحالة الدعوى إليها. فالطعن جائز أمام سلطة الإحالة أو أمام محكمة الموضوع ؛ ولما كانت الدعوى لا تنقضى إلا بحكم بات استنفد كل طرق الطعن، فمعنى ذلك أنه يجوز الطعن بالتزوير أمام المحكمة الاستئنافية، و لكن الطعن بالتزوير أمام محكمة النقض لا يجوز إذا كان يتعلق بورقة مطروحة على محكمة الموضوع وتؤثر فى الدعوى باعتبار أن ذلك دفاع جديد لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، وعلى العكس من ذلك يجوز الادعاء بالتزوير أمام محكمة النقض على الأوراق التى تقدم إليها باعتبارها من إجراءات الطعن بالنقض أو من المستندات التى يتعين طرحها على محكمة النقض قبل أن تفصل فى الطعن.[2]

وبطبيعة الحال لا يجوز الطعن أمام محكمة النقض عند نظرها للموضوع فى الأحوال الاستثنائية التى منحها القانون إياها سلطة الفصل فى ذلك.

٣١٢- إجراءات الطعن بالتزوير:

ويحصل الطعن بتقرير فى قلم كتاب المحكمة المنظورة أمامها الدعوى أو المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها النيابة العامة أو قاضى التحقيق ؛ إذا كان الطعن على ورقة مقدمة أثناء التحقيق الابتدائى، ويجب أن يبين بالتقرير الورقة موضوع الطعن بالتزوير والأدلة المثبتة لتزويرها من وجهة نظر الطاعن (م. ٢٩٦ إجراءات جنائية).والجهة التى يطعن أمامها بالتزوير لا تكون ملزمة

١- نقض جنائى جلسة ٧ يونيه ١٩٧٩ س ٣٠ ص ٦٤٠، ١٦ يونيه ١٩٩٣ س ٤٤ ق ٩٤ ص ٦١٨.
٢- عز الدين الديناصورى: الإثبات - ط ١٩٨٠ ص ١٤٣ .

بإحالة المحرر موضوع الطعن إلى التحقيق ؛ بل لها أن تقدر مدى جدية أدلة الطعن بالتزوير، ومدى لزوم الورقة أو المحرر موضوع الطعن لنظر الدعوى.

٣١٣- إثبات التزوير:

ويخضع إثبات التزوير وتقدير الأدلة فيه لكافة القواعد التى تحكم نظرية الإثبات الجنائى. فهو يثبت بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود ومضاهاة الخطوط بمعرفة المحكمة مباشرة إذا كان التزوير ظاهرا أو بمعرفة خبير تندبه المحكمة لهذا الغرض. كما يثبت بالاعترافات وبقرائن الأحوال. وتقدير الدليل أمر موضوعى دائما.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان القانون الجنائى لم يحدد طريقة إثبات معينة فى دعاوى التزوير، فللقاضى أن يكون اعتقاده فيها دون التقيد بدليل معين. ولا حرج على المحكمة إن هى أخذت بالصورة الضوئية للمحرر المزور كدليل فى الدعوى مادامت قد اطمأنت إلى صحتها، ومن ثم فإن دفع الطاعن فى هذا الخصوص يكون فى غير محله".[١]

وللمحكمة أن تأخذ بتقرير مضاهاة الخطوط مع الفصل فيما يوجه إليه من اعتراضات إذا اطمأنت إليه، وعدم العثور على الورقة المزورة لا يمنع من قيام جريمة التزوير مادام الحكم قد أثبت وجود الورقة وتزويرها. كما أن فقد الورقة المزورة لا يترتب عليه حتما عدم ثبوت جريمة التزوير ؛ إذ أن الأمر فى ذلك مرجعه إلى إمكان قيام الدليل على حصولها ونسبتها إلى المتهم.[٢] وإذا رفضت المحكمة تحقيق أدلة التزوير لعدم وجود المحرر كان حكمها معيبا.[٣]

١- نقض جنائى جلسة ٢٢ أكتوبر ١٩٩١ س ٤٢ ق ١٤٢ ص ١٠٣٢، جلسة ٢ مارس ١٩٩٨ طعن رقم ٣٨٢٣ لسنة ٦٦ ق - لم ينشر بعد.
٢- نقض جنائى جلسة ٥ يونيه ١٩٥٢ س ٣ ص ١٠٣٦ .
٣- مجموعة القواعد القانونية - جلسة ٥ يناير ١٩٤١ ص ٤٥٨ مشار إليه بكتاب د. رءوف عبيد: الإجراءات الجنائية ط ١٩٧٤ ص ٦٩٦ .

وإذا رأت الجهة المنظورة أمامها الدعوى الأصلية أن هناك وجها للسير فى تحقيق التزوير فعليها أن تحيل الأوراق للنيابة العامة لتحقيقها. وإذا كان الطعن قد تم والدعوى مازالت فى حوزة النيابة العامة فتتولى هى تحقيق الواقعة فى تحقيق فرعى يضم إلى ملف القضية الأصلية ؛ و يبين من ذلك – على ما سلف القول – إن الجهة التى يطعن أمامها بالتزوير لا تكون ملزمة بإحالة المحرر موضوع الطعن إلى التحقيق. بل لها أن تقدر مدى جدية أدلة الطعن بالتزوير ومدى لزوم الورقة أو المحرر موضوع الطعن لنظر الدعوى.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "مخالفة إجراءات المضاهاة لا تشكل بطلانا باعتبار أنها فى الأصل لم تنظم فى قانون الإجراءات الجنائية أو فى قانون المرافعات بنصوص آمرة يترتب على مخالفتها البطلان. إذ العبرة فى المسائل الجنائية إنما تكون باقتناع القاضى بأن إجراء من الإجراءات يصح أن يتخذ أساساً لكشف الحقيقة ؛ وللمحكمة أن تكون عقيدتها فى ذلك بكافة طرق الإثبات غير مقيدة بقواعد الإثبات فى القانون المدنى."[١]

ويلاحظ أن الطعن بالتزوير وإن تمثل في صورة دفاع ؛ إلا أن المحكمة غير ملزمة بإجابة الطالب إلى طلبة . ولها أن تصرف النظر عن إجابته . فهو شأنه شأن الدفوع الموضوعية الأخرى التى هى وسائل دفاع تخضع لتقدير المحكمة , وإن كان يتعين على المحكمة أن تبين فى الأسباب أساس رفضها الطلب ؛ باعتباره دفعا جوهريا لتعلقه بتحقيق الدليل المقدم فى الدعوى بحيث إذا صح لتغير وجه الرأى فى الدعوى.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة بأنه "لما كان البين من محضر الجلسة – التى صدر فيها الحكم المطعون فيه – أن الطاعن دفع بتزوير الشيك محل الاتهام ؛

١- نقض جنائى جلسة ١١ مارس ١٩٩٩ الطعن رقم ٥٧٦٩ سنة ٥٠ ق – لم ينشر بعد.

بيد أن المحكمة الاستئنافية قضت بتأييد الحكم دون أن تعرض لهذا الدفع، وكان هذا الدفاع فى خصوص الدعوى هاما وجوهريا لما يترتب عليه من أثر فى تحديد مسئولية الطاعن الجنائية مما كان يتعين على المحكمة أن تعرض له استقلالا وأن تستظهر هذا الدفاع وتمحص عناصره كشفا لمدى صدقة ؛ فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب فضلا عن الإخلال بحق الدفاع".[1]

٣١٤ - أثر الطعن بالتزوير على سير الدعوى الجنائية :

والقاعدة أن الطعن بالتزوير لا يؤثر على سير الدعوى العمومية ,ولا تلتزم المحكمة بوقف الدعوى إذا رأت إحالة الطعن للتحقيق . فوقف الدعوى جوازى بالنسبة للمحكمة ويخضع لتقديرها. وللمحكمة أن توقف الدعوى إلى أن يفصل فى التزوير من الجهة المختصة إذا كان الفصل فى الدعوى يتوقف على الورقة المطعون فيها (مادة ٢٩٧) وإذا كان المشرع قد عبر بصيغة الجواز بالنسبة للوقف بناء على أن الورقة المطعون فيها يتوقف عليها الحكم فى الدعوى الجنائية ؛ إلا أننا نؤيد رأى الفقه الذى يقرر أن الوقف يكون وجوبيا متى أحالت المحكمة الدعوى الفرعية إلى التحقيق، وأدى ذلك إلى تحريك الدعوى العمومية عن واقعة التزوير تطبيقا للمادة ٢٢٢ والتى توجب وقف الدعوى الجنائية إذا كان الحكم فيها يتوقف على نتيجة الفصل فى دعوى جنائية أخرى.[2]

وعليه إذا كانت الدعوى الجنائية قد حركت أما من النيابة العامة أو من المدعى المدنى بطريق الادعاء المباشر أو بناء على إحالتها للتحقيق بمعرفة النيابة من المحكمة ؛ فيجب على تلك الأخيرة وقف الدعوى طالما أن الورقة لازمة للفصل فى الدعوى.

١- نقض جنائى جلسة ١٢ أبريل ١٩٩٥ س ٤٦ ق١٠٣ ص ٧٠٤، ٢٢ أكتوبر ١٩٩٥ س ٤٦ ق ١٦٤ ص ١١١٨، جلسة ٧ يناير ١٩٩٨ ط رقم ٢٩٥٣ س ٦٢ ق لم ينشر بعد.

٢- د.مأمون سلامة : الإجراءات المرجع السابق ص ٨٠٧ .

وجدير بالذكر أن الوقف الوجوبي يكون فقط في حالة ما إذا رأت المحكمة إحالة الورقة إلى التحقيق وكانت الورقة لازمة للحكم في الدعوى. أما إذا لم تر المحكمة إحالتها إلى التحقيق أو رأت أن الورقة غير لازمة للفصل في الدعوى ؛ فهذا من إطلاقاتها ولها أن تحكم في الدعوى مستندة إلى الدليل المستمد من الورقة دون وقف الدعوى الأصلية.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بأن "الطعن بالتزوير هو تطبيق خاص لحالة توقف الفصل في دعوى جنائية على الفصل في دعوى جنائية أخرى وفق الإجراءات المرسومة قانونا ودون توسع فيها أو قياس عليها وقد جعل القانون هذا الإيقاف جوازياً بحسب ما تراه من ضرورته أو عدم ضرورته للفصل في الدعوى المنظورة أمامها، وعليه فإذا كانت المحكمة قد انتهت في استخلاص سائغ إلى أن الفصل في الطعن بالتزوير على محضر الجلسة لا يتوقف عليه الفصل في الدعوى المنظورة أمامها، وقضت برفض طلب الدعوى ؛ فإنه لا تقبل مجادلتها في هذا الشأن".[1]

وإذا حكم بالطعن بالتزوير من الجهة المختصة بعدم وجود التزوير ؛ فتقضي المحكمة التي أصدرت الحكم بإلزام مدعي التزوير بغرامة قدرها خمسة وعشرون جنيها وذلك إذا كان قد ترتب على الطعن إيقاف الدعوى، أما إذا كانت الدعوى الأصلية قد أوقفت فلا تقضي بالغرامة السابقة (مادة ٢٩٨).

أما إذا حكم بتزوير الورقة كلها أو بعضها - وكانت الورقة رسمية - تأمر المحكمة التي حكمت بالتزوير بإلغائها أو بتصحيحها حسب الأحوال، ويحرر بذلك محضر يؤشر على الورقة بمقتضاه (مادة ٢٩٩) والحكم بتزوير الورقة يكون له حجية أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية، وعليها بعد ذلك أن تستبعد الورقة المزورة من الأدلة التي يمكن الاستناد إليها في حكمها.[2]

١- نقض جنائي جلسة ٥ فبراير ١٩٦٨ س ١٩ ق ٢٩، جلسة ٢٤ يناير ١٩٩٣ س ٤٤ ق ١٥ ص ١٤٥ .
٢- د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص ٨٠٨ .

٣١٥- الطبيعة الإجرائية للدفع:

والدفع بالتزوير على النحو المشار إليه يعتبر - من حيث الطبيعة الإجرائية - دفعا فرعيا باعتبار أن المحكمة إذا أخذت به وأوقفت الفصل فى الدعوى الأصلية حتى الفصل فيه ؛ فإن الجهة التى تفصل فيه ليست ذات المحكمة التى أوقفت نظر الدعوى الأصلية لحين الفصل فى الدفع. وهو - على الصورة المبينة سلفا - لا يتعلق بالنظام العام، ولا تجوز إثارته أمام محكمة النقض لأول مرة ما لم يكن قد أثير أمام محكمة الموضوع.

المبحث الخامس
طلبات التحقيق

٣١٦- ارتباط الطلبات بالدفوع الموضوعية:

مما يتصل بموضوع الدفوع الموضوعية الهامة بحث طلبات التحقيق المعينة ؛ لما لها من ارتباط وثيق بها، فكلاهما - في رأينا - يعتبران من"أوجه الدفاع الموضوعية". إذ أن "الدفوع الموضوعية" قد تكشف عنها التحقيقات الابتدائية والاستدلالات أو تستند إلى نفس التحقيق النهائي، وعندئذ يقتصر دور الدفاع على إبدائها في مرافعته بغير حاجة إلى تحقيق جديد، أو استيفاء نقص فى تحقيق سابق. كما قد تحتاج فى إثباتها إلى اتخاذ إجراء جديد من إجراءات التحقيق المختلفة ؛ كسماع شهود أو ندب خبير أو إجراء معاينة أو ضم أوراق أو غير ذلك من طلبات التحقيق التى لا تقع تحت حصر.

والقاعدة العامة فى شأن "الدفوع الموضوعية" من حيث أنها لا تتعلق بالنظام العام و القواعد التى يتعين اتباعها فى إبدائها أمام سلطات التحقيق أو قضاء الموضوع، تنطبق أيضا بالنسبة لطلبات التحقيق المعينة التى هى جزء لا يتجزأ من هذا الموضوع. فعلى محكمة الموضوع تحقيق أى دليل منتج من الأدلة متى طلب صاحب الشأن منها ذلك و إلا كان رفض إجابته إخلالاً بحق الدفاع، وكذلك عدم التعرض له فى أسباب الحكم. كما تصف محكمتنا العليا أحيانا عدم الرد على هذا "الطلب" كلية أو الرد عليه بأسباب غير كافية أو غير سائغة بأنه قصور فى الأسباب مما يعيب الحكم بعيب القصور والإخلال بحق الدفاع. أما إذا رأت المحكمة أن تحقيق الدليل غير منتج أو غير متصل

بموضوع الدعوى، أو سبق تحقيقه بما يكفى لتكوين عقيدتها فيه، كان لها أن ترفض تحقيقه بأسباب كافية سائغة، مستمدة من ظروف الدعوى وأوراقها.
ويسرى هنا فى مجال الرد على طلب التحقيق المعين كل ما يلزم فى إبداء الدفوع الموضوعية من شروط شتى ؛ مثل ضرورة تقديمه قبل إقفال باب المرافعة، و أمام محكمة الموضوع بطبيعة الحال، مع التمسك به فى الاستئناف، وألا يجئ عرضا ولا بصيغة تفويض الأمر للمحكمة وألا يعدل عنه صاحبه صراحة أو ضمناً.

وإذا كانت طلبات التحقيق المعينة شأنها شأن الدفوع الموضوعية لا تقع تحت حصر ؛ فسوف نقتصر على بيان الطلبات الهامة منها فى هذا المبحث، وسوف يتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن محكمة النقض لم تفرق بينها وبين الدفوع الموضوعية ؛ من حيث شروط إبدائها أو أثرها على الحكم ومدى سلطة المحكمة حيالها بقولها فى العديد من الأحكام على ما سوف يبين فى موضعه أن: "المحكمة تلتزم بالرد على أى دفع أو طلب جازم مقدم إليها من صاحب الصفة فيه، متى كان له أصله الثابت بالأوراق". الأمر الذى يؤكد وجهة نظرنا بأن الطلبات مرتبطة ارتباطا وثيقا بالدفوع الموضوعية ؛ بل قد تكون أحد أنواع هذه الدفوع التى لا تقع تحت حصر، والتى تنفذ إلى موضوع الدعوى الجنائية ويكون الهدف منها دفع أدلة الجريمة وتقويض بنيانها القانونى وعناصر المسئولية الجنائية فيها وصولا إلى القضاء بالبراءة فيها، وهو ما حدا بنا فى النهاية إلى التقسيم الذى سرنا على نهجه فى هذه الدراسة من أن الدفوع إما أن تكون شكلية أو موضوعية على ما سلف بيانه.

٣١٧- تقسيم:

ومن أهم الطلبات المألوفة فى العمل والشائعة والتى نقتصر على دراستها فى هذا المبحث الطلبات التى تهدف إلى تقييم الدليل وتقدير قوته التدليلية ؛

مثل طلب سماع شاهد وندب خبير، وإجراء المعاينة والطلبات التى تهدف إلى ضمان حسن سير العدالة ومنع تضارب الأحكام، وسوف تنقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول: الطلبات التى تهدف إلى تقييم الدليل وتقدير قوته التدليلية.

المطلب الثانى: الطلبات التى تهدف إلى ضمان حسن سير العدالة و منع تضارب الأحكام.

المطلب الأول

الطلبات التى تهدف إلى تقييم الدليل وتقدير قوته التدليلية

وسوف نقتصر فى هذا المطلب على بحث أهم الطلبات ؛ وهى من وجهة نظرنا تتمثل فى ثلاثة أنواع نتناولها في ثلاثة فروع على النحو التالى:

الفرع الأول

طلب سماع شاهد

٣١٨- مضمون الطلب بسماع شاهد:

من المقرر فقهاً وقضاءً أن الأصل فى الأحكام الجنائية أن تبنى على المرافعة التى تحصل أمام نفس القاضى الذى أصدر الحكم، وعلى التحقيق الشفوى الذى أجراه بنفسه، إذ أساس المحاكمة الجنائية هو حرية القاضى فى تكوين عقيدته من التحقيق الذى يجريه بنفسه ويسمع فيه الشهود مادام سماعهم ممكناً، مستغلا فى تحصيل هذه العقيدة الثقة التى توحى بها أقوال الشاهد أو لا توحى، ومن التأثير الذى تحدثه هذه الأقوال فى نفسه وهو ينصت إليها ؛ مما ينبنى عليه أن على المحكمة التى فصلت فى الدعوى أن تسمع الشهادة من فم الشاهد مادام سماعه ممكنا ولم يتنازل المتهم أو المدافع عن ذلك صراحة أو ضمنا لأن التفرس فى حالة الشاهد النفسية وقت أداء

الشهادة ومراوغاته، أو اضطرابه وغير ذلك مما يعين القاضى على تقدير أقواله حق قدرها.[1]

٣١٩- أحكام الطلب بسماع شاهد:

١- إذا كان وزن أقوال الشهود وتقدير الظروف التى يؤدون فيها شهادتهم وتعويل القضاء على أقوالهم - مهما وجه إليها من مطاعن وحام حولها من شبهات - مرجعه إلى محكمة الموضوع تنزله المنزلة التى تراها، وتقدره التقدير الذى تطمئن إليه، إلا أنه من المقرر أيضا أن حق الدفاع الذى يتمتع به المتهم يخول له إبداء ما يعن له من طلبات التحقيق مادام أن باب المرافعة لازال مفتوحا، وأن المحاكمة تبطل إذا طلب المتهم سماع شاهد ولم تسمعه المحكمة بدعوى عدم الاستدلال عليه، ثم تبين أنه لم يعلن وكان يمكن سماعه بالتالى، أو طلب سماع المتهم ووصفت المحكمة دفاعه بأنه جاء متأخرا.

لذا قضى بأن "تخلف الشاهد عن الحضور رغم تأجيل نظر الدعوى لإعلانه - وحتى بعد تكليفه بالحضور أمام المحكمة - لا يفيد بمجرده أن سماعه أصبح متعذراً طالما أن قانون الإجراءات الجنائية بين فى المادتين ٢٧٩، ٢٨٠ منه الإجراءات التى تتبعها المحكمة فى حالة تخلف الشاهد عن الحضور بعد

١- الشهادة - فى الأصل - هى تقرير الشخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو إدراكه على وجه العموم بحواسه، وهى تقتضى بداهة فيمن يؤديها العقل والتميز ؛ إذ أن مناط التكليف فيها هو القدرة على أدائها. لذلك قضى بأنه "إذا كان الشخص غير مميز فلا تقبل شهادته ولو على سبيل الاستدلال. إذ لا ينفى عن الأقوال التى يدلى بها الشخص بغير حلف يمين أنها شهادة، وإذا ما كان الطاعن قد طعن على أقوال الطفل المجنى عليه بأنه غير مميز لحداثة سنه وأورد الحكم فى مدوناته سن الطفل المجنى عليه بما يظاهر جدية هذا الدفع - فقد كان لزاما على المحكمة - إن هى عولت فى إدانة الطاعن على تلك الأقوال أن تجرى ما تراه من تحقيق استيثاقا من قدرة الطفل على التمييز أو بحث خصائص إرادته وإدراكه العام استجلاء لقدرته على تحمل الشهادة، أما وقد قعدت عن ذلك واستندت فى قضائها إلى الدليل المستمد من أقوال هذا الصغير : فإن حكمها يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال". نقض جلسة ٩ فبراير ١٩٩٤ طعن رقم ٤٢٨٢ لسنة ٦٢ ق - مشار إليه بالمجلة الفصلية للقضاة السنة ٢٧ العدد الثانى ص ٧٩٦ غير منشور.

تكليفه به، وأجاز لها تغريمه والأمر بضبطه وإحضاره - لما كان ذلك - وكان ما أورده الحكم رداً على طلب الطاعن سماع الشهود - على ما سلف بيانه - لاينبئ على إطلاقه أنه استحال على المحكمة سماعهم وكانت المحكمة قد أسست قضاءها بإدانة الطاعن على أقوال المجنى عليهما وباقى شهود الإثبات الذين لم تسمعهم ؛ فإن حكمها يكون معيبا بالإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه والإحالة."[١]

كما قضت المحكمة بأنه "من المقرر أن التأخير فى الإدلاء بالدفاع لا يدل حتما على عدم جديته مادام منتجا، ومن شأنه أن تندفع به التهمة أو يتغير وجه الرأى فى الدعوى. كما أن استعمال المتهم حقه المشروع فى الدفاع عن نفسه فى مجلس القضاء لا يصح البتة أن ينعت بعدم الجدية، ولا أن يوصف بأنه جاء متأخرا ؛ لأن المحاكمة هى وقته المناسب الذى كفل فيه القانون لكل متهم حقه فى أن يدلى بما يحق له من طلبات التحقيق وأوجه الدفاع، وألزم المحكمة النظر فيه وتحقيقه تجلية للحقيقة وهداية للصواب، ولما كانت الواقعة - التى طلب الطاعن سماع شهادة الشاهد عنها متصلة بواقعة الدعوى - ظاهرة التعلق بموضوعها، وكان سماعها لازما للفصل فيها ؛ فإن رفض المحكمة طلبه للسبب الذى ذكرته يكون غير سائغ، وفيه إخلال بحق الدفاع لما ينطوى عليه من معنى القضاء فى أمر لم يعرض عليها لاحتمال أن تجئ هذه الشهادة التى تسمعها ويباح للدفاع مناقشتها بما يقنعها مما قد يتغير بها وجه الرأى فى الدعوى".[٢]

٢- يتعين على المحكمة إجابة المتهم أو الدفاع عنه إلى طلبه سماع شهود الواقعة ولو لم يرد لهم ذكر فى قائمة شهود الإثبات أو يقم المتهم بإعلانهم لأنهم لا يعتبرون شهود نفى بمعنى الكلمة حتى يلتزم بإعلانهم، ولأن المحكمة

١- نقض جنائى جلسة ٢٩ أبريل ١٩٨٢ س٣٣ ق١١٠ ص٥٤٠ .
٢- نقض جنائى جلسة ١ يناير ١٩٥٠ س١ ق١٦٦ ص٤٣٩، ٦ يناير ١٩٩٤ س ٤٥ ق ٦ ص٦١ .

هى الملاذ الأخير الذى يتعين أن ينفسح لتحقيق الواقعة وتقصيها على وجهها الصحيح دون التقيد فى ذلك بتصرف النيابة العامة فيما تبينه فى قائمة شهود الإثبات أو تسقطه من أسماء الشهود الذين عاينوا الواقعة أو يمكن أن يكونوا عاينوها، وإلا انتفت الجدية فى المحاكمة وانغلق باب الدفاع فى وجه طارقه بغير حق، وهو ما تأباه العدالة أشد الإباء.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "متى كان ما اختتم به المدافع عن الطاعنين مرافعته من طلبه أصلياً القضاء ببراءتهما، واحتياطيا استدعاء ضابط المباحث]شاهد الواقعة [لمناقشته يعد - على هذه الصورة - بمثابة طلب جازم تلتزم المحكمة بإجابته عند الاتجاه إلى القضاء بغير البراءة، فإن الحكم إذ قضى بإدانة الطاعنين اكتفاء باستناده إلى أقوال الضابط فى التحقيقات وما أثبته فى محضره - دون الاستجابة إلى طلب سماعه - يكون مشوبا بالإخلال بحق الدفاع. ولا يشفع له فى ذلك كونه قد عول فى قضائه - علاوة على ما سلف - على أدلة أخرى، ذلك بأن الأصل فى الأدلة فى المواد الجنائية أنها متساندة يشد بعضها بعضاً، ومنها مجتمعة تتكون عقيدة المحكمة، فليس من المستطاع - والحال كذلك - أن يعرف مصير قضاء محكمة الموضوع فيما لو استمعت بنفسها إلى شهادة الشاهد المذكور التى كانت عنصرا من عناصر عقيدتها فى الدعوى".[1]

٣- غير أنه إذا كان طلب سماع شهود الإثبات يعد طلبا جازما تلتزم المحكمة بإجابته أو الرد عليه ردا سائغا على النحو المشار إليه سلفا. فقد أصبحت المادة ٢٨٩ إجراءات بعد تعديلها بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧ تنص على أنه "للمحكمة أن تقرر تلاوة الشهادة التى أبديت فى التحقيق

١- نقض جنائى جلسة ٢٨ ديسمبر ١٩٧٨ س٢٩ ق٢٠٣ ص٩٨٠، ١٢ ديسمبر ١٩٨٥ س٣٦ ق٢٠٤ ص١١٠٦، ٩يناير ١٩٨٨ س٣٩ ق٣٣ ص٢٥٩، ١٢ اكتوبر ١٩٩٥ س٤٦ ق١٦٠ ص١١٠١، ٢أبريل ١٩٩٦ س٤٧ ق٦٢ ص٤٣٧ .

الابتدائى أو فى محضر جمع الاستدلالات أو أمام الخبير، إذا تعذر سماع الشاهد لأى سبب من الأسباب أو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك". ومقتضى هذا النص أنه يجوز الاستغناء بتلاوة أقوال الشاهد الغائب عن سماعه إذا تعذر هذا السماع، أو إذا قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الثابت بمحاضر الجلسات أن المحكمة استجابت لطلب المدافع عن الطاعن تأجيل الدعوى لمناقشة المجنى عليه، إلا أنه لم يستدل عليه، ومن ثم فلا تثريب عليها إن هى فصلت فى الدعوى دون سماعه، ولا تكون قد أخطأت فى الإجراءات أو أخلت بحق الطاعن فى الدفاع، إذ من المقرر أن استحالة تحقيق بعض أوجه الدفاع لا يمنع من الإدانة مادامت الأدلة القائمة فى الدعوى كافية للثبوت. هذا فضلا عن أن المدافع عن الطاعن لم يعاود التمسك بجلسة المرافعة الأخيرة بطلب سماع الشاهد بعد أن تعذر الاستدلال عليه، مما مفاده أنه عدل عن هذا الطلب. وإذا كانت المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية قد خولت المحكمة الاستغناء عن سماع الشهود إذا قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك صراحة أو ضمنا بتصرف المتهم أو المدافع عنه بما يدل عليه - كما هو الحال فى الدعوى - فإن ما يثيره الطاعن من قالة الإخلال بحقه فى الدفاع فى هذا الخصوص لا يكون سديدا".[1]

٤- الاستغناء عن سماع شاهد غائب أو أكثر ليس مقتضاه إمكان استغناء المحكمة كلية عن تحقيق الدعوى من جديد بمعرفتها، لاستظهار وجه الحق فيها. بل إن هذا الاستغناء ينبغى أن يكون غير جائز حتى ولو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك، على ما ظهر من الحكم المشار إليه سلفا. فالمادة ٢٨٩ تتحدث عن تعذر سماع الشاهد بصيغة المفرد لا الجمع. وهى تتحدث عن حالة خاصة

١- نقض جنائى جلسة ٢٠ أبريل ١٩٨٢ س٣٣ ق١٠٤ ص٥١٣، ١٥ يناير ١٩٩١ س٤٢ ق١٢ ص٦٧.٥ أبريل ١٩٩٤ س٤٥ ق٧٥ ص٤٧٣ .

وهى تعذر سماع أحد شهود الدعوى فحسب، أو تنازل المتهم أو المدافع عن سماعه لأسباب معينة، يشير إلى ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية لتعديل هذه المادة بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٥٧ من أن "مرد هذا الحكم إلى أنه من الأصول المقررة أن المحاكمات الجنائية يجب أن تبنى على التحقيق الشفوى الذى تجريه المحكمة فى الجلسة. على أن وقائع الحال قد دلت على أن إطلاق هذا الحكم على وجهه السابق كان من شأنه إعاقة الفصل فى كثير من القضايا دون موجب كما لو كانت أقوال الشاهد الغائب أو الشهود مسلما بها من الخصوم، فتنتفي الجدوى من تحتيم حضورهم لترديدها". فالمذكرة تتحدث عن حالة استثنائية خاصة، وهى حالة كون الشاهد الغائب أو الشهود مسلما بها من الخصوم جميعا ؛ فعندئذ فقط يمكن للمحكمة الاستغناء عن سماعه، ولكن بشرط قبول المتهم على أساس أنه هو صاحب المصلحة الأولى فى إجراء التحقيق فى مواجهته بالجلسة.

ويرى جانب من الفقه[1] أن نص المادة ٢٨٩ فى صياغته الحالية لا يمكن أن ينصرف إلا إلى إقرار وضع ثبت قبل تعديله وهو - فحسب - إمكان استغناء المحكمة عن سماع شاهد واحد غائب أو أكثر إذا تعذر سماعه أو بموافقة المتهم أو المدافع عنه إذا كان لهذا الاستغناء أسباب صحيحة تبرره مستمدة من ظروف الدعوى ووقائعها الثابتة، مع رغبة عدم تعطيل الفصل فى الدعوى إذا كان فى التمسك بسماعه تعطيل لها بغير مبرر وبشرط تلاوة أقوال الشاهد عند طلبها. أما الترخيص للمحكمة بالاستغناء عن سماع شهود الدعوى جملة سواء أحضروا أم غابوا، فأمر لا ينصرف إليه هذا التعديل مهما قبل المتهم أو محاميه. ولا سبيل إلى قبوله إلا إذا ألغيت شفهية المرافعة أمام القضاء الجنائى من أساسها، وهو ما لم يقل به أحد بل تمسكت بعكسه نفس المذكرة

١- د. رءوف عبيد : ضوابط تسبيب الأحكام سالف الإشارة إليه ص٢٢٠ وما بعدها.

الإيضاحية للمادة ٢٨٩ هذه عند تعديلها بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧".

وأضاف أنه "كان يفضل لو بقى هذا النص على حاله، كما كان قبل التعديل درءاً للمساس بأحد الضمانات الرئيسية التى كفلها القانون الإجرائى للدعوى الجنائية، ولعل أهمها على الإطلاق هو ضابط إيجاب استماع القاضى بنفسه للشهود قبل تكوين عقيدته فيها ضمانا لحسن سير العدالة".

ولقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه فى العديد من أحكامها حينما قضت أن "الأصل فى الأحكام الجنائية أنها تنبنى على التحقيق الشفوى الذى تجريه المحكمة فى الجلسة وتسمع فيه الشهود مادام سماعهم ممكناً، ويصح للمحكمة أن تقرر تلاوة شهادة الشاهد إذا تعذر سماع شهادته، أو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك. ولا يجوز للمحكمة الافتئات على هذا الأصل المقرر بالمادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية والذى افترضه الشارع فى قواعد المحاكمة لأية علة مهما كانت ؛ إلا إذا تعذر سماع الشاهد لأى سبب أو قبل المتهم أو المدافع عنه صراحة ذلك - كما سلف القول - بحيث إذا لم تفعل على الرغم من تمسك المدافع عن الطاعن بسماع شهود الإثبات ورفضت هذا الطلب واعتمدت فى حكمها على التحقيقات التى جرت فى جلسة سابقة بمعرفة هيئة أخرى، كما هو الحال فى الدعوى المطروحة ؛ فإن الحكم يكون معيبا بالإخلال بحق الدفاع".[1]

وفى حكم آخر لها قالت : "انه لما كان الحكم المطعون فيه لم يبين الأسباب التى حالت دون سماع أقوال الشاهد، وكان أمر المحكمة بالقبض على الطاعن وحبسه وتوالى تأجيل الدعوى دون حضور الشاهد مع استمرار حبس الطاعن قد أحاط الدفاع بالحرج واضطره إلى التنازل عن طلبه، وهو مالا يتحقق به المعنى الذى قصده الشارع فى المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية

١-نقض جنائى جلسة ٤يناير ١٩٨٨ س٣٩ ق٤ ص٧٠جلسة ٢٩ديسمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٢٩ ص٩٠٩ .

المعدلة بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧ عندما خول المحكمة أن تقرر تلاوة الشهادة إذا تعذر سماع الشاهد أو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بإدانة الطاعن استنادا إلى أقوال الشاهد الغائب بغير أن يسمع شهادته، فإن الحكم يكون مشوبا بالإخلال بحق الدفاع مما يعيبه بما يوجب نقضه والإعادة".[١]

٣٢٠- نزول صاحب الشأن عن طلب سماع الشاهد:

ومن المقرر أيضا أن نزول صاحب الشأن عن طلب سماع الشاهد نزولاً صريحا لا يسلبه حقه فى العدول عن ذلك النزول والتمسك بتحقيق طلبه مادامت المرافعة لازالت دائرة ؛ وبالتالى يتعين على المحكمة إجابته إلى طلب سماع الشاهد متى أصر على ذلك فى ختام مرافعته، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد قضى بإدانة الطاعن استناداً إلى أقوال الشاهدين الغائبين بغير أن يسمع شهادتيهما ودون أن يبين الأسباب التى حالت دون ذلك رغم إصرار الدفاع على طلب سماعهما فى ختام مرافعته ؛ فإنه يكون فضلا عن إخلاله بحق الدفاع مشوبا بالبطلان فى الإجراءات، لا ينال من ذلك نزول الطاعن سابقا عن حقه فى طلب سماع شاهدى الإثبات، إذ أن ذلك لا يسلبه حقه فى العدول عن ذلك والتمسك بتحقيق طلبه مادامت المرافعة لازالت دائرة". وباعتبار أن حق الدفاع الذى يتمتع به المتهم يخوله إبداء ما يعن له من طلبات التحقيق.[٢]

١- نقض جنائى جلسة ١٩يناير ١٩٩٤ ط رقم ١٨٣٨٨ لسنة ٦١ ق منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة ٢٧ الجزء الثانى ص٧٩٥ .

٢- نقض جنائى جلسة ٣ ديسمبر ١٩٩١ س٤٢ ق١٧٧ ص١٢٧٧، جلسة ٢٠يوليو ١٩٩٤ رقم ١٧٤٠٩ لسنه٦٢ ق منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة ٢٧ جزء ٢ ص٧٩٧، ٢٩سبتمبر ١٩٩٦ س٤٧ ص٩٠٩ سالف الإشارة إليه.

٣٢١- سماع الشهود أمام محكمة الاستئناف:

١- ويدق أمر طلب سماع الشهود إلى حد ما أمام محاكم الاستئناف ؛ لأنها بحسب الأصل لا تجرى تحقيقاً ولا تسمع شهوداً، فهى غير ملزمة بذلك إلا استكمالاً لما كان يجب على محكمة أول درجة إجراؤه أو ما ترى هى لزوماً لإجرائه. فهى تسمع - بنفسها أو بواسطة قاضٍ تندبه لذلك - الشهود الذين كان يجب سماعهم أمام محكمة أول درجة، وتستوفى كل نقص فى إجراءات التحقيق. ويسوغ لها فى كل الأحوال أن تأمر بما ترى لزومه من استيفاء تحقيق أو سماع شهود، ولذا أيضا لا يجوز تكليف أى شاهد إلا إذا أمرت هى بذلك (مادة ٤١٣ إجراءات) . ولكن يلزم على أية حال ألا يكون لرفضها الطلب المقدم من الخصم لسماع شاهد أو أكثر إخلال بحق الدفاع ؛ لأنها فى النهاية درجة فى الموضوع. ومن ثم ينبغى أن تعرض لهذا الطلب لكى تستبين مبلغ تأثيره فى الدعوى، فإذا ما رأت من ورائه فائدة فى ظهور الحقيقة كان عليها أن تجيبه، لذا قضى بأنه "يعد إخلالاً بحق الدفاع أمام المحاكم الاستئنافية رفض طلب سماع الشهود، إذا كان الثابت من الإطلاع على محاضر جلسات المحاكمة أمام محكمتى أول وثانى درجة أن المحكمة لم تجر تحقيقا ما، وأن الطاعن طلب إلى محكمة ثانى درجة استدعاء الشهود وطلب الملف الخاص به، فلم تجبه إلى طلبه وحجبت نفسها عن نظر موضوع الدعوى بمقولة أن الاستئناف المطروح عليها إنما ينصب فقط على الحكم الصادر باعتبار المعارضة كأن لم تكن أمام محكمة أول درجة".[1]

كما قضى بأنه "إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد اعتمدت فى إدانة المتهم بصفة أصلية على أقوال الشهود فى التحقيقات دون أن تجرى تحقيقا

١- نقض جنائى جلسة ١٣فبراير ١٩٥١ س٢ ق٢٣٧ ص٦٢٢، ٢٥ نوفمبر ١٩٩٦ س٤٧ ق١٨١ ص ١٢٥٠ .

بالجلسة فى مواجهة المتهم،أو تسمع شهادة شهود الإثبات بصرف النظر عن تنازله عن سماعهم، وعن اعترافه الذى لم يعول عليه إلا بوصفه مؤيدا لشهادة الشهود، فإنه يكون من المتعين على محكمة الدرجة الثانية أن تصحح هذا الخلل فى إجراءات المحاكمة وتجيب المهتم إلى ما طلبه إليها من سماع الشهود فى مواجهته، وإلا كان حكمها معيبا متعيناً نقضه".[1]

٢- إذا كان العيب فى الحكم ينظر إليه من زاوية واجب المحكمة فى تناول الدعوى وإجراء تحقيق جديد فيها طبقاً للقانون، فإن هذا العيب متى قام كان الحكم مشوباً ببطلان إجراءات المحاكمة ؛ فإذا تدخل فى ذلك حق المتهم فى أن يحقق دفاعه، وأن يسمع شهود الدعوى من جديد فى مواجهته و فى حضور محاميه إن وجد، اتسع نطاق العيب وصح وصفه بأنه إخلال بحق الدفاع.

فى حين أنه لا يعد إخلالاً بحق الدفاع . ومن باب أولى بطلاناً فى إجراءات المحاكمة أن ترفض المحكمة إجابة طلب سماع الشهود، سواء أمام محكمة أول درجة أم محكمة الجنح المستأنفة عن واقعة لا علاقة لها بموضوع الدعوى أو غير جائزة القبول أو إذا طلب إليها سماع شهود عن واقعة ترى أنها قد ثبتت بأقوال من سمعتهم منهم.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كانت المحكمة قد أمرت بضبط وإحضار المجنى عليها لسؤالها إلا أنه لم يستدل عليها ؛ و من ثم فلا تثريب عليها إن هى فصلت فى الدعوى دون سماعها، و لا تكون قد أخلت بحق الطاعن فى الدفاع."[2]

١- نقض جنائى جلسة ١٩فبراير ١٩٥١ س٢ ق٢٤٧ ص٦٤٩، ٥ يونيه ١٩٩٦ س ٤٧ ق ١٠٦ ص٧٣٢

٢- نقض جنائى جلسة ١٨ يناير ١٩٩٤ ط. رقم ١٩١٤١ لسنة ٦٢ ق منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة ٢٧ عدد ٢ ص٧٩٥ .

غير أن الالتزام بسماع الشهود أمام المحكمة الاستئنافية و تدارك ما يقع من خطأ أمام محكمة أول درجة مرهون بألا يتنازل مبدى الطلب عن حقه فى سماع الشهود أمام محكمة أول درجة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الأصل أن محكمة ثانى درجة إنما تحكم على مقتضى الأوراق و هى لا تجرى من التحقيقات إلا ما ترى هى لزوما لإجرائه ولا تلتزم بسماع الشهود إلا من كان يجب على محكمة أول درجة سماعهم، و إذا كان الطاعن قد عد متنازلا عن طلب سماع أقوال الشهود لعدم تمسكه بهذا الطلب أمام محكمة أول درجة، وكانت المحكمة الاستئنافية لم تر من جانبها حاجة لسماع الشهود نظراً لما ارتأته من وضوح الواقعة المطروحة عليها ؛ فإن ما ينعاه الطاعن فى هذا الصدد لا يكون له محل".[1]

كما قضت المحكمة تأييداً لذلك أيضاً بأنه "لما كان الأصل هو وجوب سماع الشهود أمام محكمة الدرجة الأولى و أن تتدارك المحكمة الاستئنافية ما يكون قد وقع من خطأ فى ذلك، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها قيدان نصت عليهما المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية، أولهما: ألا يكون سماع الشاهد متعذراً. و الآخر: ألا يتمسك المهتم أو المدافع عنه بسماعه حتى لا يفترض فى حقه أنه قبل صراحة أو ضمناً الاكتفاء بأقواله فى التحقيق، لما كان ذلك وكان الثابت من مطالعة محاضر جلسات محكمة أول درجة أن المدافع عن الطاعن لم يتمسك بسماع شهود مما يعد نزولا منه عن هذا الطلب بسكوته عن التمسك به أمام محكمة أول درجة، و يكون ما يثيره فى هذا الشأن غير سديد."[2]

١- نقض جلسة ٢٧ ديسمبر ١٩٨٧ س٣٨ ق٢١١ ص١١٥٦ .

٢- نقض جنائى جلسة ٨ يناير ١٩٩٨ ط. رقم ٧٧٦٧ لسنة ٦٢ ق لم ينشر بعد، نقض جنائى جلسة ٥ يونيو ٢٠٠٠ ط. رقم ١١٠٥١ لسنة ٦٩ ق. لم ينشر بعد ومشار إليه بالمستحدث من المبادئ الجنائية الصادرة من المكتب الفنى لمحكمة النقض عام ٢٠٠١ .

٣٢٢- شروط صحة الطلب بسماع شاهد:

١- يشترط فى طلب سماع شاهد ما يشترط عموماً فى أى دفع موضوعى من وجوب إبدائه بصورة صريحة جازمة، وأن يظل مقدمه مصراً عليه فى طلباته الختامية على نحو يقرع به سمع المحكمة. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان المدافع عن الطاعن قد ترافع بعد تنازله عن طلب مناقشة الطبيب الشرعى، ودون أن يصر بصدر مرافعته أو بختامها على سماع شهود نفى، مما مفاده أنه عدل عن هذا الطلب، و كان من المقرر أن الطلب الذى تلتزم محكمة الموضوع بإجابته أو الرد عليه هو الطلب الجازم الذى يصر عليه مقدمه، ولا ينفك عن التمسك به و الإصرار عليه فى طلباته الختامية، ومن ثم فليس له أن ينعى على المحكمة التفاتها عن مناقشة الطبيب الشرعى وعدم إجابتها إلى طلب سماع شهود النفى أو الرد عليه بفرض أنه اتبع الطريق الذى رسمه قانون الإجراءات الجنائية فى المواد ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧ لإعلان الشهود الذين يطلب المتهم سماع شهادتهم أمام محكمة الجنايات ؛ فضلا عما هو مقرر بأن المحكمة غير ملزمة بإجابة الدفاع إلى طلبه بمناقشة الطبيب الشرعى مادامت الواقعة قد وضحت لديها، وهى لم تر من جانبها حاجة إلى اتخاذ هذا الإجراء".[١]

كما قضت بأنه "لما كان الثابت من محضر جلسة المحاكمة أن الطاعن لم يطلب سماع شهود نفى، ولم يسلك من جانبه الطريق الذى رسمه القانون فى المادة ٢١٤/١ من قانون الإجراءات الجنائية ؛ فلا تثريب على المحكمة إن هى فصلت فى الدعوى دون سماعهم."[٢]

ويبين من الحكمين السابقين أنهما يؤيدان مبدأً هاماً هو أن المتهم ليس مطالباً إلا بإعلان شهود النفى دون الإثبات، وأن على المحكمة الاستماع إلى

١- نقض جنائى جلسة ١٣ مارس ١٩٨٠ س٣١ ق١٧٠ ص٣٧٧ .
٢- ١١ يناير ١٩٨٧ س٣٨ ق٧ ص٧٣ .

جميع شهود الإثبات ولو لم يرد لبعضهم ذكر فى قائمة أسماء شهود الإثبات التى تحررها النيابة.

٢- يلزم ألا يتنازل مقدم الطلب عن طلبه بسماع الشهود، أو يقبل عدم سماعهم حتى تلتزم المحكمة بسماعهم طبقاً للقانون. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من حق المحكمة أن تستغنى عن سماع شهود الإثبات إذا ما قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك صراحة أو ضمناً دون أن يحول ذلك من الاعتماد على أقوالهم التى أدلوا بها فى التحقيقات ما دامت هذه الأقوال مطروحة على بساط البحث فى الجلسة."[١]

وبأنه "لما كان البين من محضر جلسة المحاكمة أن المدافع عن الطاعن الأول لم يتمسك بسماع شهود. على خلاف ما ذهب إليه فى أسباب طعنه، فليس له من بعد أن يعيب على المحكمة عدم اتخاذها إجراء لم يطلبه منها."[٢]

٣- وطلب سماع شاهد أو الدفع ببطلان أقواله هو دفع جوهرى تلتزم المحكمة بالرد عليه إذا ما أبدى صراحة و إلا أصبح حكمها معيبا بالقصور، والإخلال بحق الدفاع. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "يشترط فى أقوال الشاهد التى يعول عليها أن تكون صادرة عنه اختياريا و هى لا تعتبر كذلك إذا صدرت عن إكراه أو تهديد كائناً ما كان قدر هذا التهديد. وإذا كان الدفع ببطلان أقوال الشاهد لصدورها تحت تأثير الإكراه هو دفع جوهرى يجب على محكمة الموضوع مناقشته و الرد عليه ؛ فإن الحكم إذ عول فى إدانة الطاعن على أقوال الشاهد دون أن يرد على دفاعه الجوهرى بأن هذه الأقوال قد أدلى بها الشاهد نتيجة إكراه وقع عليه، و يقول كلمته فيها ؛ يكون معيباً بالقصور فى التسبيب."[٣]

١- نقض جنائى جلسة ٢٢ أكتوبر ١٩٨٥ س٣٦ ق١٦٦ ص٩١٨ .
٢- نقض جنائى جلسة ٤يناير ١٩٨٣ س٣٤ ق٤ ص٣٦ .
٣- نقض جنائى جلسة ١١يناير ١٩٩٦ س٤٧ ق٨ ص٦٨، جلسة ١٠ أبريل ١٩٩٦ س٤٧ ق٧١ ص٥٠٥ .

٤- يتعين إبداء الطلب بسماع الشاهد أو الدفع ببطلان سماع أقواله أمام محكمة الموضوع قبل إبدائها أمام محكمة النقض باعتباره دفعاً من الدفوع الموضوعية التى لا تتعلق بالنظام العام. و هو فى النهاية دفع أو طلب ذو طابع أولى، باعتبار أن المحكمة التى تفصل فيه هى محكمة الموضوع أخذاً بمبدأ قاضى الدعوى قاضى الدفع.

والخلاصة هى أنه مما تقدم يتضح لنا أن طلب سماع شاهد لا يفترق عن أى دفع موضوعى لا فى أحكامه أو شروطه و هو يسعى لنفى صحة دليل مقدم فى الدعوى و يعد دفعاً موضوعياً و إن أطلق عليه مجازاً تعبير "الطلب."

الفرع الثانى
طلب إجراء معاينة

٣٢٣- أهمية طلب إجراء المعاينة فى تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى:

يخضع طلب إجراء معاينة للقواعد العامة التى ذكرناها آنفا، و التى قلنا أنها تسرى على طلبات التحقيق و الدفوع الموضوعية أياً كان نوعها مادام قد تعلق بها إظهار وجه الحق فى الدعوى، أو فى واقعة متصلة بها، و بالتالى تغير الرأى فيها على نحو أو آخر. وقد يكون طلب المعاينة لتحقيق صحة الدليل من الأدلة فيها، و هو الغالب فى العمل، مثل تمكين شهود الرؤية - أو من يزعمون أنهم كذلك - من رواية الواقعة فى الزمان و المكان و الظروف التى حصلت فيها على قدر الإمكان، ومع افتراض بقاء معالم المكان على ما كانت عليه وقتئذ، كما قد يكون طلب المعاينة للتحقق من توافر نفس محل الجريمة وقيامه على الوجه المقول به. أو لإثبات دفاع المتهم إذا انصب على تعذر وقوع الجريمة فى المكان الذى قيل أنها وقعت فيه، أو بالأقل على التشكيك فى ذلك بحسب ظروف الواقعة، و نوع الجريمة. أو على انتفاء أى خطأ من جانبه فى جرائم القتل و الإصابة الخطأ، أو لإثبات أن خطأ المجنى عليه أو غيره هو المسئول دون غيره عن الحادث فى هذا النوع من الجرائم. وهكذا...

٣٢٤- الآثار الإجرائية المترتبة على التمسك بطلب إجراء المعاينة:

١- إذا كان طلب إجراء المعاينة هاماً، و الدفاع الذى يدور حوله مؤثراً فى كيفية الفصل فى الدعوى، وجب أن تتعرض المحكمة له بالقبول أو بالرفض،

ولكن بناء على أسباب سائغة مستمدة من ظروف الدعوى الثابتة و أوراقها، وإلا كان ذلك قصوراً بما يعيب الحكم و يبطله. و كذلك الرد غير الكافى أو غير السائغ. و إنما يشترط - بطبيعة الحال - أن يكون إبداء طلب المعاينة قد حصل بالقيود و فى الأوضاع التى فصلناها آنفا بالنسبة للدفوع الموضوعية والطلبات بوجه عام.

ولقد اعتبرت محكمة النقض المصرية فى العديد من أحكامها أن الحكم يعد قاصراً معيباً لأنه أغفل الرد كلية على الطلب رغم أهميته أو لأنه رد عليه رداً غير كافى أو غير سائغ.

ومن ذلك ما قضت به من أنه "إذا كان المتهم قد تمسك فى دفاعه أمام المحكمة بأن شاهدى الإثبات لم يكونا ليستطيعا من المكان الذى قالا أنهما كانا به أن يريا من يكون فى المكان الذى وقع فيه الحادث لوجود مبان بين المكانين تحجب النظر و تمنع الرؤية، وقدم تأييداً لهذا الدفاع خريطة من مصلحة المساحة و رسماً مكبراً منقولاً عنها، ثم طلب إلى المحكمة أن تنتقل لمعاينة المكان و التحقق بنفسها من خطأ المعاينة التى أجرتها النيابة فى التحقيق ولكن المحكمة صدقت هذين الشاهدين، وردت على الدفاع بقولها بأنها لا ترى محلا لإجابة طلب الانتقال وإعادة المعاينة من جديد إزاء ما ظهر من المعاينة التى أجرتها النيابة من أن المكان الذى كان به الشاهدان لا يفصله عن مكان الحادث إلا فضاء مكشوف لا يحجب الرؤية مطلقا. فان هذا الذى قالته المحكمة لا يصلح رداً لأن يبنى عليه رفض طلب الانتقال الذى كان الغرض منه إثبات عدم صحة ما تضمنته معاينة النيابة، وبهذا يكون الحكم قاصر البيان متعيناً نقضه."[1]

١- نقض جنائى جلسة ٨ أبريل١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج٧ رقم ٣٣ ص١٢١، ١٦ديسمبر ١٩٤٦ رقم ٢٥٩ ص ٢٥٤، ٧ مارس ١٩٤٩ رقم ٨٣٥ ص٧٩٣، نقض جنائى جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٩٤ س٤٥ ق١٨١ ص١١٤٧ .

كما قضت بأنه "إذا كان الدفاع عن المتهم قد طلب إلى المحكمة إجراء معاينة المكان الذى وقع فيه الحادث لإثبات أن به حواجز تحول دون رؤية الشهود لما يقع فيه، على المسافات التى ذكروها فى أقوالهم، و كان التحقيق خلواً من هذه المعاينة ولم تجب هذا الطلب ولم ترد عليه، فإن حكمها يكون قاصراً، إذ طلب المعاينة هو من الطلبات الهامة التى يجب على المحكمة إذا لم تر حاجة إلى إجابته أن تتحدث فى حكمها عنه."[1]

كذلك قضت بأنه "إذا طلب المتهم إلى المحكمة الاستئنافية معاينة مكان الحادث لتتبين ما إذا كان هو المخطئ، أم أن الخطأ راجع إلى سائق الترام فلم تأبه لهذا الطلب وأيدت الحكم بالإدانة فهذا منها قصور يعيب الحكم، و قد كان عليها أن تجيب هذا الطلب الهام لتعلقه بواقعة لها أثرها فى الدعوى أو أن ترد عليه بما يفنده إن لم تر إجابته."[2]

وقضت أيضاً بأنه "إذا كان المتهم قد طلب إلى المحكمة الانتقال لإجراء معاينة المنورين اللذين اتهم بإنشائهما دون ترخيص من البلدية فقضت المحكمة بإدانته دون أن تعرض لهذا الطلب، ودون أن تبين وجه المخالفة فى إقامة هذين المنورين للقانون، فإن حكمها يكون قاصر البيان متعيناً نقضه."[3]

٢- وعلى العكس من ذلك اعتبرت محكمة النقض فى أحوال أخرى الرد الصريح على طلب إجراء المعاينة كان غير لازم، أو أن الرد بالرفض كان سائغا و كافيا. وذلك حينما قضت فى أحد أحكامها بأنه" ليس للطاعن أن ينعى على المحكمة قعودها عن إجراء معاينة لم تطلب منها و لم تر هى حاجة إلى إجرائها بعد أن اطمأنت إلى صحة الواقعة كما رواها الشاهد."[4]

١- نقض جنائى جلسة ١٠ أبريل ١٩٥١ س٢ ق٣٤٨ ص٩٤٤ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٦ يونيو ١٩٥٣ س٤ ق٣٥٤ ص٩٩٤ .
٣- نقض جنائى جلسة ١٠ نوفمبر ١٩٦٩ س٢٠ ق٢٥١ ص١٢٤٩ .
٤- نقض جنائى جلسة ٢٠ مارس ١٩٨٥ س٣٦ ق٧٢ ص٤٢٤ نقض جنائى جلسة ١١ أكتوبر ١٩٩٨ ط٧٦٨٤ لسنة ٦٦ سالف الإشارة إليه.

كما قضت المحكمة فى بيان التسبيب السائغ للمحكمة للرد على طلب إعادة المعاينة "بأنه لما كان الحكم المطعون فيه قد عول فى إدانة الطاعن من بين ماعول عليه من الأدلة على المعاينة التى أجرتها المحكمة و تبين منها وجود تجويف بالباب المضبوط يمكن - وضع الميزان و المخدر و النقود - فيه بسهولة كما يمكن إخراج ذلك منه فإن ما يثيره الطاعن بشأن المعاينة إن هو إلاّ جدل فى تقدير الدليل المستمد منها بعد أن أجرتها بنفسها، بما لا يجوز مجادلتها فيه أو مصادرة عقيدتها فى شأنه."(١)

كذلك قضت المحكمة بأنه "من المقرر أن طلب المعاينة إذا كان لا يتجه إلى نفى الفعل المكون للجريمة و لا إلى إثبات استحالة حصول الواقعة كما رواها الشهود بل كان مقصوداً به إثارة الشبهة فى الدليل الذى اطمأنت إليه المحكمة - كما هو الحال فى الدعوى المطروحة - فلا عليها إن هى أعرضت عنها والتفت عن إجابتها وما يثيره الطاعن فى شأنها ينحل فى حقيقته إلى جدل فى تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع بغير معقب.(٢)

وقضت أيضا بأنه " من المقرر أن الطلب الذى تلتزم محكمة الموضوع بإجابته أو الرد عليه هو الطلب الجازم الذى يقرع سمع المحكمة و يصر عليه مقدمه و لا ينفك عن التمسك به و الإصرار عليه فى طلباته الختامية، و كان الثابت من محضر جلسة المحاكمة أن المدافع الثانى عن الطاعن و لئن أبدى فى مستهل مرافعته طلب إجراء معاينة للطابق الذى ضبط المخدر فيه لمعرفة شاغله، إلا أنه لم يصر عليه فى ختام مرافعته و لم يضمنه طلباته الختامية، ومن ثم فلا على المحكمة إن هى التفتت عنه دون أن ترد عليه، ومع هذا فإن طلب المعاينة فى صورة الدعوى لا يتجه إلى نفى الفعل المكون للجريمة أو إثبات استحالة حصول الواقعة كما رواها الشاهدان، و إنما المقصود به إثارة

١- نقض جنائى جلسة ١٨ أكتوبر ١٩٩٣ ط رقم ٣٢٧٩ لسنة٦٢ ق س٤٤ ق١٢٩ ص٨٣٨ .
٢- نقض جنائى جلسة ٢٠ مارس ١٩٨٨ س٣٩ ق٦٥ ص٤٥٨ - ٤ فبراير ١٩٨٧ س٣٨ ق٣٠ ص١٩٤، جلسة ٨ يناير ١٩٩٦ س٤٧ ق٢ ص٢١ .

الشبهة فى الدليل الذى اطمأنت إليه المحكمة و من ثم فإنه يعتبر دفاعاً موضوعياً لا تلتزم المحكمة بإجابته"[١]

٣- تلك هى أهم القواعد التى تحكم طلب إجراء المعاينة، وهذا الطلب شأنه شأن سائر طلبات التحقيق الهامة ؛ و الدفوع الموضوعية يحكمها جميعا ضوابط مشتركة، بينا بعضها فيما سلف فى موضعه من هذا البحث حينما تعرضنا للنظام القانونى لنظرية الدفوع بصورة مفصلة.

وننوه إلى أن هذا الطلب شأنه شأن سائر الطلبات و الدفوع الموضوعية لايتعلق بالنظام العام بما يرتبه ذلك من آثار، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد عول على إدانة الطاعن من بين ماعول عليه من الأدلة على المعاينة التى أجرتها المحكمة وساق مؤداها ؛ فإن مايثيره الطاعن بشأن المعاينة إن هو إلا جدل فى تقدير الدليل المستمد منها - بعد أن أجرتها بنفسها - بما لا يجوز مجادلتها فيه أو مصادرة عقيدتها فى شأنه."[٢]

كما أنه يعتبر دفعاً موضوعياً ذا طبيعة أولية طبقاً للمعيار المتبع من بداية البحث.

١- نقض جنائى جلسة ٢٢ أبريل ١٩٨٧ س٣٨ ق١٠٧ ص٦٣٢، ١٦ أبريل ١٩٩٥ س٤٦ ق ١٠٢ ص ٦٧٧، أول أكتوبر ١٩٩٥ س٤٦ ق١٥٢ ص١٠٠٦ .

٢-نقض جنائى جلسة ١٨ أكتوبر ١٩٩٣ س٤٤ ق ١٢٩ ص٨٣٨ سالف الإشارة إليه.

الفرع الثالث
طلب ندب خبير

٣٢٥- أهمية طلب ندب الخبير فى تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى:

طلب ندب خبير لبحث مسألة فنية، هو ما يتصل بحق الخصوم فى إثبات التهمة أو نفيها باعتبار أن الخبرة من الطرق المألوفة فى الإثبات الجنائى طبقاً للمواد (٨٥ ، ٨٩، ٢٩٢) إجراءات جنائية .[و المحكمة لا تلجأ إلى هذا الإجراء بحسب الأصل إلا إذا رأت أن تستوضح أمراً ما فى الجريمة المعروضة عليها، وذلك مستفاداً مما نصت عليه المادة ٢٩٢ المشار إليها من أن "للمحكمة - سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم - أن تعين خبيراً واحداً أو أكثر فى الدعوى"، و هى حينما تلجأ لهذا الإجراء إنما تلجأ إليه ممارسة لكامل سلطتها فى تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى، مادامت المسائل المطروحة عليها فيها من المسائل الفنية البحتة التى لا تستطيع أن تشق طريقها بإبداء الرأى فيها إلا باللجوء للخبرة، و ترتيباً على ذلك ؛ فإنه إذا كان فى الأدلة المقدمة فى الدعوى ما يكفي للفصل فيها دون حاجة لندب خبير، فإن المحكمة تقضى فيها بناء على ما جاء بها من أدلة، و لا يعد ذلك منها إخلالاً بحق الدفاع.[1]

١- د. رءوف عبيد: ضوابط تسبيب الأحكام - المرجع السابق ص٢٣٠ و ما بعدها.

٣٢٦- الآثـار الإجرائيــة المترتبــة على تمســك أحد الخصـوم بطلب ندب خبير:

١- يجب أن يتوافر فى طلب ندب خبير سائر الشروط التالية المتطلبة فى إبداء الدفوع الموضوعية عموماً ؛ من حيث وجوب تقديمه أمام سلطات التحقيق أو أثناء سير المحاكمة و قبل إقفال باب المرافعة فيها و أن يثبت تقديمه فى محضر الجلسة أو فى نفس الحكم أو فى مذكرة مقدمة بتصريح من المحكمة قبل إقفال باب المرافعة، و أن يكون صريحا جازماً فلا يبد بصيغة تفويض الأمر للمحكمة و أن يصر عليه مقدمه فلا يعدل عنه و لو عدولاً ضمنياً، و أن يكون ظاهر التعلق بموضوع الدعوى بما يجعل إجابته لازمة للفصل فيها، وقد تعرضنا لكل ذلك فيما مضى، و قلنا أن هذه الضوابط فى تقديم الدفوع الموضوعية عموماً تنطبق كذلك على طلبات التحقيق باعتبارها أحد أنواع هذه الدفوع فتنطبق عليها جميعا.

٢- إذا ما تحققت الشروط المشار إليها سلفا فى طلب ندب الخبير، فتلتزم المحكمة بتحقيقه باعتباره دفعا جوهريا فى الدعوى لإظهار وجه الحق فيها أو ترفض إجابته ولكن بناء على أسباب مبررة، وإلا كان حكمها معيبا بالقصور، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "وإن كان تقدير حالة المتهم العقلية هو فى الأصل من المسائل الموضوعية التى تختص محكمة الموضوع بالفصل فيها ؛ إلا أنه يتعين عليها ليكون قضاؤها سليما أن تعين خبيرا للبت فى هذه الحالة وجودا أو عدما، لما يترتب عليها من قيام أو امتناع عقاب المتهم ؛ فان لم تفعل كان عليها أن تورد فى القليل أسبابا سائغة تبنى عليها قضاءها برفض هذا الطلب، وذلك إذا ما رأت من ظروف الحال ووقائع الدعوى وحالة المتهم أن قواه العقلية سليمة، وأنه مسئول عن الجرم الذى وقع منه، ولما كانت المحكمة لم تفعل ذلك فإن حكمها يكون مشوبا بعيب القصور فى

التسـبيب والإخـلال بحـق الدفـاع مما يبطـله".[1]

وتأييدا لذلك قضت أيضا بأنه "لا يسوغ للمحكمة أن تستند فى دحض ما قال به الخبير الفنى فى المسائل الفنية البحتة إلى معلومات شخصية ؛ بل يتعين عليها إذا ما ساورها الشك فيما قرره الخبير فى هذا الشأن أن تستجلى الأمر بالاستعانة بغيره من أهل الخبرة لكون ذلك من الأمور التى لا يصح للمحكمة أن تحل محل الخبير فيها. لما كان ذلك ؛ فان الحكم المطعون فيه إذا خالف ذلك يكون مشوبا بقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال بما يعيبه".[2]

ولقد تواترت أحكام محكمة النقض على القول بأن العيب الذى يصيب الحكم إذا لم تستجب المحكمة لطلب ندب الخبير هو الإخلال بحق الدفاع والقصور فى التسبيب. و هو على هذا النحو يعد أثراً مترتباً على تخلف الحكم عن الرد على الدفوع الموضوعية بوجه عام على ما سلف القول.

ومن تطبيقات محكمة النقض في شأن الأوضاع المختلفة التى يكون لندب خبير فيها أثر فى تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى بحيث يترتب على عدم إجابة الطلب أو الالتفات عنة ؛ أن يكون الحكم مشوبا بعيب القصور فى التسبيب أو الإخلال بحق الدفاع ما يأتى:

أ) في نطاق مضاهاة الخطوط قضت محكمة النقض بأنة "إذا لم تعن المحكمة بتحقيق دفاع الطاعنة من طعنها بالتزوير على ورقة استكتاب المطعون ضده لتوقيعاته - بعد أن قررت جديته - ولم تقسطه حقه بلوغا إلى غاية الأمر فيه ؛ وهو دفاع جوهري في الدعوى في هذا الخصوص ومؤثرا في مصيرها،

١- نقض جنائى جلسة ١٣ أكتوبر ١٩٩٣ س٤٤ ق١٢٥ ص٨٠٨ .
٢- نقض جنائى جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٠ الطعن رقم ١٠٦٧٨ لسنة ١٩٦٧ ق لم ينشر بعد ومشار إليه بالمستحدث من المبادئ الجنائية الصادر من المكتب الفنى لمحكمة النقض عام ٢٠٠١ .

لما قد ينبنى عليه من تغير وجه الرأي فيها، إذا ما ثبت تزوير هذه الورقة وما يترتب على ذلك من صحة توقيع المطعون ضده على قائمة المنقولات التى نسبت له الطاعنة تبديدها وأسست عليها دعواها بطلب التعويض فإن حكمها يكون معيبا بالإخلال بحق الدفاع والقصور فى التسبيب."[1]

ب) وفى نطاق ندب الخبراء لبيان حالات الأماكن و الأشياء فإن المحكمة اعتبرت عدم إجابة الطلب بندب خبير إذا ما توافر مبرره قصوراً فى التسبيب. و تطبيقاً لذلك قضت المحكمة بأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه إلى تقرير الخبير دون أن يعنى بذكر حاصل الوقائع التى تضمنها اكتفاء بما نقله عنه من أن الأرض تم تجريفها لمجرد انخفاضها عن الطريق الواقع من الجهة القبلية فيها، و دون أن يعرض للأسانيد التى أقيم عليها هذا التقرير أو يرد على طلب الطاعن بمناقشة الخبير فى أسس تقريره، فإن ذلك لا يكفى فى بيان أسباب الحكم الصادر بالعقوبة لخلوه مما يكشف عن وجه استشهاد المحكمة بهذا الدليل الذى استنبط منه معتقده فى الدعوى ؛ ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب."[2]

كما قضت بأنه "لما كان طلب الدفاع فى ختام مرافعته البراءة أصلياً، واحتياطياً إجراء تحقيق معين يعتبر طلباً جازماً تلتزم المحكمة بإجابته متى كانت لم تنته إلى القضاء بالبراءة، لما كان ذلك، و كان يبين من الرجوع إلى محاضر جلسات المحاكمة أن الحاضر عن الطاعن طلب ندب خبير حسابى لتحقيق واقعة الاختلاس بالانتقال إلى شركة الغزل و النسيج بدمياط و الاطلاع على دفاترها ومستنداتها لبيان كمية الأقطان المرسلة إلى الشركة المجني عليها والواردة للأخيرة في تاريخ الواقعة، وانتهى في مرافعته أنه يطلب أصلياً البراءة واحتياطياً يصمم على طلبه ؛ إلا أن المحكمة أغفلته ولم تستجب

١- نقض جنائى جلسة ٢٦ نوفمبر ١٩٨٦ س ٣٧ ق ١٨٣ ص٩٦٩ .
٢- نقض جنائى جلسة ٧ يناير ١٩٨٥ س٣٦ ق٦ ص٦٣ .

إليه وقضت في الدعوى بحكمها المطعون فيه دون أن تعرض له إيراداً ورداً - لما كان ذلك - وكان دفاع الطاعن الذي تمسك به وأصر عليه في ختام مرافعته بطلب ندب خبير حسابي لتحقيق واقعة الاختلاس يعد - في صورة هذه الدعوى - دفاعاً جوهرياً، إذ يترتب عليه - لو صح - تغيير وجه الرأي فيها، فقد كان لزاماً على المحكمة أن تحققه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه، أو ترد عليه بأسباب سائغة تؤدي إلى إطراحه، أما وهي لم تفعل فقد بات حكمها مشوباً بالإخلال بحق الدفاع والقصور مما يعيبه ويستوجب نقضه."[١]

ج) وفي نطاق فحص حالة المجني عليه أو المتهم إذا كان الدفاع المقدم من أي منهما - يعد دفاعاً جوهرياً - لتعلقه بالدليل المقدم فيها والمستمد من تقرير الصفة التشريحية، قضت المحكمة بأن "المحكمة وهي تواجه مسألة تحديد وقت الوفاة ؛ فإنه يتعين عليها - وهي تواجه هذا الدفاع باعتباره مسألة فنية بحتة - أن تتخذ ما تراه من الوسائل لتحقيقها عن طريق المختص فنياً وهو الطبيب الشرعي، أما وهي لم تفعل فإن حكمها يكون معيباً بالقصور فضلاً عن الإخلال بحق الدفاع، ولا يقدح في ذلك أن يسكت الدفاع عن طلب دعوة أهل الفن صراحة، ذلك بأن منازعة الطاعنين في تحديد الوقت الذي وقع فيه الحادث وحدثت فيه الوفاة يتضمن في ذاته المطالبة الجازمة بتحقيقه والرد عليه بما يفنده ولا يرفع هذا العوار ما أورده الحكم من رد قاصر لا يغني في مقام التحديد لأمر يتطلبه. ذلك أنه إذا كان الأصل أن المحكمة لها كامل السلطة في تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى المطروحة على بساط البحث ؛ إلا أن هذا مشروط بأن تكون المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة - بنفسها - أن تشق طريقاً لإبداء الرأي فيها، كما هو واقع الحال في خصوصية الدعوى المطروحة.[٢]

١- نقض جنائي جلسة ١٦ مايو١٩٨٥ س٣٦ ق ١٢٣ ص٦٩٩ .
٢- نقض جنائي جلسة ٢ يونيو ١٩٨٢ س٣٤ ق١٤٦ ص٧٣٠ .

د) إذا لم تتوافر الشروط المطلوبة فى الطلب، أو لم تتبع الإجراءات المعنية فى تقديمه من التمسك به حتى إقفال باب المرافعة وعدم السكوت عليه ؛ إذ يحمل ذلك على أنه تنازل ضمنى، وغير ذلك من الشروط التى تحدثنا عنها فيما سلف ؛ فان المحكمة على العكس مما ذكرناه آنفا - لا تلتزم بالرد على الطلب فى حالة رفضه ضمنا، ولا يعد ذلك منها قصوراً فى أسباب الحكم، وإذا ردت عليه رداً سائغاً فلا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض، و تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر أن تقدير آراء الخبراء و الفصل فيما يوجه إلى تقاريرهم من مطاعن مرجعه إلى محكمة الموضوع التى لها كامل الحرية فى تقدير القوة التدليلية لتقرير الخبير، شأنه فى ذلك شأن سائر الأدلة، وهى غير ملزمة من بعد بإجابة طلب استدعاء الطبيب الشرعى لمناقشته مادام أن الوقعة قد وضحت لديها و لم تر هى من جانبها حاجة إلى اتخاذ الإجراء."[1] وبأنه "إذا تخلف الطبيب الشرعى عن الحضور فى الجلسة المحددة لمناقشته ولم يتمسك صاحب الشأن بضرورة حضوره ومناقشته ؛ فليس له أن ينعى على المحكمة أنها لم تقم بإجراء سكت هو عن المطالبة بتنفيذه."[2]

كما قضت المحكمة تأكيداً لذلك أيضا بأنه "لما كان البين من محاضر جلسات المحاكمة أن الطاعن لم يطلب من المحكمة - حتى قفل باب المرافعة فى الدعوى - تحليل باقى كمية المخدر المسند إليه حيازته، فليس له من بعد أن ينعى على المحكمة عدم القيام بإجراء لم يطلب منها، فضلاً عن أنه لا ينازع فى أن العينة التى حللت هى جزء من مجموع ما ضبط."[3]

١- نقض جنائى جلسة ٦ أبريل ١٩٩٥ س٤٦ ق١٠٢ ص٦٧٧، جلسة ٣ أكتوبر ١٩٩٥ س٤٦ ق١٥٤ ص١٠٤٥ .

٢- نقض جنائى جلسة ٣٠ يونيه ١٩٥٤ س٥ ق٨٤١، ٢٢ أبريل ١٩٨٧ س٣٨ ق١٠٧ ص٦٣٢ .

٣- نقض جنائى جلسة ٧أبريل ١٩٨٧ س٣٨ ق٩٦ ص٥٧٦، جلسة ١٧ مارس ١٩٨٨ س٣٩ ق٦٣ ص٤٥، جلسة ١١ أكتوبر ١٩٩٨ الطعن رقم ٧٦٨٤ لسنة٦٦ لم ينشر بعد.

٣- يتضح مما تقدم أن طلب التمسك بندب خبير يعد من الدفوع الموضوعية التى لا تتعلق بالنظام العام و لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض، ما لم تكن قد أبديت أمام محكمة الموضوع ويطلق عليه مجازاً الطلب بحسب الهدف منه و هو انتفاء صحة الدليل المقدم فى الدعوى، وهو ذو طابع أولى على أساس أن المحكمة التى تتولى الفصل فيه هى ذات المحكمة التى تتولى الفصل فى موضوع الدعوى.

المطلب الثانى

طلبات تهدف إلى ضمان حسن سير العدالة و منع تضارب الأحكام

طلب ضم قضايا أو تحقيقات أو التصريح بتقديم مستند وطلب التأجيل

٣٢٧- أهمية الطلب بالتأجيل و ضم المستندات فى ضمان حسن سير العدالة:

قد تكون الأوراق المثبتة لدفاع الخصم مودعة فى قضية معينة أو فى تحقيقات أخرى أو فى مصلحة حكومية و يتعذر عليه سحبها لتقديمها فى الدعوى المطروحة، لأن النظم الإدارية قد لا تسمح بذلك، أو لأنها غير مودعة بمعرفته حتى يتسنى له سحبها وتقديمها فى الدعوى المنظورة، أو لأن ذلك يقتضى من الخصم وقتاً طويلاً أو نفقات لا قبل له بها فيطلب من المحكمة ضم هذه القضية أو التحقيقات أو الأوراق الحكومية، أو الانتقال للاطلاع عليها فى مقر وجودها أو التصريح له بتقديم أية مستندات يريد تقديمها، ويبين صلتها بالدعوى المنظورة و مدى تأثيرها على وجه الرأى فيها، فإذ تبينت المحكمة هذه الصلة وجب عليها أن تأمر بإجابة الطلب ضماناً لحسن سير العدالة و منع تضارب الأحكام، و بطبيعة الحال ما قد تقتضيه إجابته من "التأجيل". أما إذا

لم تتبينها كان عليها أن تتعرض لهذا الطلب فى حكمها و ترد عليه بما يفنده، طالما كان من طلبات التحقيق الهامة التى يعد إغفالها كلية، أو الرد عليها بأسباب غير كافية أو غير سائغة، عيباً يعيب تسبيب الحكم بالقصور فيه فضلاً عن الإخلال بحق الدفاع. بالإضافة إلى أن طلب التأجيل قد يكون للتمكن من تنفيذ طلب من طلبات التحقيق الهامة السالف الإشارة إليها فى هذا المطلب و فى المطالب السابقة، وحينئذ يستمد أهميته من نفس أهمية الطلب المراد تحقيقه و يعتبر رفضه بمثابة رفض لإجابة الدفاع إلى طلب تحقيقه، سواء انصب على إعلان شاهد أو أكثر، أم ندب خبير أم مناقشته، أم إجراء معاينة، أم ضم قضية أم تقديم مستند ؛ وحينئذ يخضع بداهة لذات القواعد التى تحكم الدفوع الموضوعية و طلبات التحقيق الهامة من حيث طريقة إبدائها و التزام المحكمة بالاستجابة إليه فى حالة توافر شروطه و التعرض له فى أسباب الحكم بما يفنده . فإذا انتفت أهمية طلب التحقيق انتفت بالتالى أهمية طلب التأجيل وصح إغفال الرد عليه فى أسباب الحكم.

وقد يكون طلب التأجيل مستقلاً عن تحقيق أى دليل، و فى الغالب لمجرد تمكن الخصم أو محاميه من الحضور، أو من الإطلاع و الاستعداد، أو لاتخاذ إجراء معين فى الدعوى مثل رد هيئة المحكمة أو الطعن بالتزوير، و القاعدة أن لمحكمة الموضوع تقدير طلبات التأجيل التى تقدم إليها، فتجيب ما ترى موجباً لإجابته و ترفض مالا ترى مسوغاً له.

٣٢٨- الآثار الإجرائية المترتبة على التمسك بطلب التأجيل أو ضم القضايا:

١- تواترت أحكام محكمة النقض المصرية على قالة الإخلال بحق الدفاع والقصور فى التسبيب للأحكام المطعون عليها أمامها ؛ و التى لم تستجب فيها المحكمة لطلب المتهم أو دفاعه بضم قضايا أو مستند معين أو لم ترد عليه

بما يدحضه، رغم توافر الشروط المطلوبة لإبداء الطلب والتى سلف بيانها فى الطلبات السابقة.

فقضت مثلاً بأنه "لما كان البين من الإطلاع على محضر جلسة المحاكمة أن الطاعن جحد الصورة الضوئية للشيك موضوع الدعوى و طلب التأجيل وإلزام المجنى عليه بتقديم أصل الشيك. وقد استجابت لهذا الطلب و أجلت الدعوى لجلسة أخرى و بهذه الجلسة الأخيرة قضت بإدانة الطاعن، لما كان ذلك وكان مفاد قرار التأجيل الذى أصدرته المحكمة أنها قدرت أهمية هذا الإجراء فى تحقيق عناصر الدعوى قبل الفصل فيها. بيد أنها عادت و أصدرت حكمها فى الدعوى دون تحقيق هذا الإجراء و دون أن تورد فى حكمها ما يبرر عدولها عنه، و إذ كان من المسلم به أن المحكمة متى رأت أن الفصل فى الدعوى يتطلب تحقيق دليل بعينه ؛ فإن عليها تحقيقه متى كان ذلك ممكناً، فإن استغنت عن تحقيق هذا الدليل فعليها أن تبين علة ذلك بشرط الاستدلال السائغ، وإذ أغفل الحكم ما تقدم ؛ فإنه يكون فوق إخلاله بحق الدفاع مشوباً بالقصور المبطل مما يعيبه."[(١)]

كما قضت بأنه "لما كان يبين من الإطلاع على محضر جلسة المحاكمة أن المدافع عن الطاعن أثار فى دفاعه أن الواقعة من صنع رئيس مكتب المخدرات، كما نفى علمه بالمخدر المضبوط و طلب ضم الجناية رقم ٨٦٥٧ لسنة ١٩٨٤ دسوق التى حرر محضر الضبط فيها لشقيقه فى اليوم الذى ضبط فيه الطاعن خاصة و أن الاثنين يقيمان معاً فى منزل واحد. و يبين من مطالعة مدونات الحكم المطعون فيه أنه تساند فى إدانة الطاعن إلى أقوال رئيس مكتب مكافحة مخدرات كفر الشيخ من أن تفتيش الطاعن بمعرفة الشاهد المذكور أسفر عن إحراز للمخدر المضبوط دون أن يعرض لطلب ضم الجناية سالفة الذكر الخاصة بشقيق الطاعن الذى تمسك به الدفاع عنه إيراداً له أو رداً عليه.

١- نقض جنائى جلسة ٧ أكتوبر ١٩٩٧ طعن رقم ٥٠٩٨ لسنة ٥٩ ق. لم ينشر بعد.

وكان هذا الطلب يعد دفاعاً جوهرياً - فى خصوص الدعوى - لتعلقه بواقعة إحراز المخدر المسندة إلى الطاعن من حيث الثبوت أو عدمه ؛ فإن الحكم إذ لم يستجب إلى طلب ضم القضية المشار إليها و لم يرد عليه بما يفنده يكون فضلاً عن إخلاله بحق الدفاع قد شابه قصور فى التسبيب."[١]

كما قضت بأنه "إذا كان الدفاع عن المتهم ؛ فى سبيل نفى واقعة استعمال الورقة المزورة عنه، قد تمسك بضرورة الاطلاع على القضية المدنية التى قدمت فيها الورقة وكانت المحكمة قد قررت ضم تلك القضية، و أجلت الدعوى عدة مرات لهذا السبب، ولكن لم ينفذ قرارها، فإن الحكم على المتهم دون الإطلاع على القضية، و دون بيان الدليل الذى استمدت منه قولها أنه كان ضالعاً فى التمسك بالورقة المزورة أمام المحكمة المدنية، يكون معيباً واجبا نقضه لقصوره."[٢]

كذلك قضت بأنه "إذا طلب الدفاع عن المتهم - فى قضية اختلاس أشياء محجوزة - ضم قضية أخرى، لأن بها ورقة ثبت تخالصه من الدين المحجوز من أجله. وأن هذا الحجز رفع فأجلت المحكمة القضية للحكم و أمرت فى نفس الوقت بضم القضية المذكورة ثم أصدرت حكمها بالإدانة دون أن تتحدث فيه عن القضية التى أمرت بضمها. وورقة المخالصة التى لو صح ما قاله الدفاع عنها لكان لها أثر فى رأى المحكمة، و كان حكمها معيباً متعيناً نقضه لعدم رده على ما أثاره الدفاع." وكذلك الشأن "عندما يطلب المتهم ضم المحررات المضبوطة وهى موضوع الجريمة. فترفض المحكمة إجابته بأسباب تعد تسليماً مقدما بنتيجة دليل لم يطرح عليها، وقضاء فى أمر لم يعرض لنظرها وهكذا الشأن كلما طلب الدفاع ضم أية أوراق مؤثرة فى مصير الدعوى إذا سكت الحكم عن إيراد هذا الطلب أو عن الرد عليه".[٣]

١- نقض جنائى جلسة ٣٠ يناير ١٩٨٦ س٣٧ ق٤٠ ص ١٩٦.
٢- نقض جنائى جلسة ١٥ أكتوبر ١٩٧٣ س٢٤ ق١٧٧ ص٨٥٥ .
٣- نقض جنائى جلسة ٥ مايو ١٩٦٩ س٢٠ ق١٣٢ ص٦٤٩، ٢أكتوبر ١٩٦٧ س١٨ ق١٨٠ ص٨٩٨، ٢٠ فبراير ١٩٦٧ س١٨ ق ٤٤ ص ٢٣٧، ٢٣مارس ١٩٥٩ س١٠ ق ٧٧ ص ٣٤٤، ١٤ نوفمبر ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ٢٣١ ق ٢٧٣ .

كما قضت بأنه "الأصل أنه و إن كان حضور محام مع المتهم فى جنحة غير لازم قانونا، إلا أنه متى عهد المتهم إلى محام بمهمة الدفاع، فإنه يتعين على المحكمة أن تستمع إلى مرافعته أو تتيح له الفرصة للقيام بمهمته، ولما كان الثابت من السياق المتقدم أن الطاعن طلب تأجيل نظر الدعوى لحضور المحامى الأصيل فقد كان لزاماً على المحكمة إما أن تؤجل نظر الدعوى أو أن تنبه المتهم إلى رفض طلبه حتى يبدى دفاعه، أما وهى لم تفعل وأصدرت حكمها فى الموضوع بتأييد حكم الإدانة، فإنها بإصدارها هذا الحكم تكون قد فصلت فى الدعوى بدون سماع دفاع الطاعن، مخالفة بذلك المبادئ الأساسية الواجب مراعاتها فى المحاكمات الجنائية، مما يعيب الحكم لإخلاله بحق الدفاع."[1]

٢- والتزام محكمة الموضوع بإجابة الدفاع إلى ما قد يطلبه من ضم قضايا أو تحقيقات أو التصريح له بتقديم مستندات أو تكليف خصمه بتقديمها أو بالاستجابة إلى طلب التأجيل لسبب من الأسباب، وبالرد على هذا الطلب رداً كافياً سائغاً إذا لم تر إجابته، يقع على عاتق المحكمة الاستئنافية كما يقع على عاتق محكمة الدرجة الأولى إذا كانت الدعوى تنظر على درجتين، و يجوز أن يقدم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية، شأن أى دفاع قانونى أو موضوعى، إذ أن هذه الأخيرة درجة من درجات التقاضى التى يمكن إثارة أى دفاع موضوعى فى الدعوى أمامها.

لذلك قضت محكمة النقض بأن "القانون لا يوجب أن يكون مع كل متهم بجناية أكثر من محام واحد يتولى الدفاع عنه، إلا أن حد ذلك أن يكون المحامى الحاضر قد أبدى دفاعاً حقيقياً فى قدس القضاء، مما تتوافر به الحكمة من استيجاب الدستور أن يكون لكل متهم فى جناية، محام يدافع عنه، يستوى فى ذلك أن تكون الجناية منظورة أمام محكمة الجنايات أو أمام

١- نقض جنائى جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٨٤ س٣٥ ق١٩٧ ص٨٩٥ - ٣١ يناير ١٩٨٣ س٣٤ ق٣٣ ص١٨٦، ٩ يناير ١٩٨٣ س٣٤ ق١٣ ص٨٥، ٣١يوليو ١٩٩٦ س٤٧ ق١٢١ ص٨٤٥ .

محكمة الجنح - لما كان ذلك - و كان البين من محضر الجلسة أمام المحكمة الاستئنافية، أن الحاضر مع الطاعن قد اقتصر على طلب التأجيل ولم يترافع عنه أو يقدم أى وجه من وجوه المعاونة له، و كان أن قررت المحكمة حجز القضية للحكم و انتهت إلى إدانة الطاعن، دون أن تنبه المدافع عنه إلى رفضها طلب التأجيل، فإن حق المتهم فى الاستعانة بمدافع، وهو أيضاً واجب على المحكمة حين يكون الاتهام بجناية، ويكون قد قصر دون بلوغ غايته و تعطلت حكمة تقريره بما يبطل إجراءات المحاكمة و يوجب نقض الحكم المطعون فيه والإعادة، حتى يتاح للمتهم فرصة إبداء دفاعه على الوجه المبسوط قانوناً، باعتبار أنه كان يتعين على المحكمة إذا استاجل نظر الدعوى حتى يعهد إلى محام بمهمة الدفاع عنه و رأت المحكمة ألا تجيبه إلى طلبه وجب عليها أن تنبهه إلى رفض طلب التأجيل حتى يبدى دفاعه أو يتخذ ما يشاء من إجراءات يمليها عليه واجبه ويراها كفيلة بصون حقوق موكله".[1]

٣- وعلى عكس هذا الاتجاه تواترت أحكام محكمة النقض على عدم اعتبار إغفال الرد على طلب ضم القضايا أو التأجيل قصوراً و اعتبرت فى بعض الأحوال أن رد المحكمة عليه سائغ لا يقع به تحت قالة الإخلال بحق الدفاع.

وذلك حينما قضت بأنه "من المقرر أن الطلب الذى تلتزم محكمة الموضوع بإجابته أو الرد عليه هو الطلب الجازم الذى يصر عليه مقدمه و لا ينفك عن التمسك به والإصرار عليه فى طلباته الختامية . و لما كان البين من محضر جلسة المحاكمة التى اختتمت بصدور الحكم المطعون فيه أن المدافع عن الطاعن و إن استهل مرافعته بطلب ضم القضية الخاصة بمقتل والد الطاعن إلا أنه أتم مرافعته فى الدعوى دون أن يصر على هذا الطلب فى طلباته الختامية مما يفقده خصائص الطلب الجازم فلا تثريب على الحكم إذ هو

١- نقض جنائى جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٧ س٣٨ ق١٠٠ ص٥٩٤، ٧ مايو ١٩٨٥ س٣٦ ق١٠٨ ص٦١١، ٢ فبراير ١٩٨٤ س٣٥ ق٢٢ ص١١٢ .

التفت عن هذا الطلب ولم يرد عليه و فضلاً عن ذلك فإن البين من سياق مرافعة المدافع عن الطاعن أن الاتهام قام على أن سبب الحادث هو الأخذ بالثأر، وكان طلب ضم القضية المشار إليها إنما يتصل بالباعث على الجريمة وهو ليس من عناصرها أو ركناً من أركانها فلا على المحكمة إن هى التفتت عنه و هو بهذه المثابة لا يقتضى رداً صريحا مستقلا طالما أن الدليل الذى قد يستمد منه ليس من شأنه أن يؤدى إلى البراءة أو يوهن من الدليل المستمد من أقوال الشهود فى الإثبات بالإضافة إلى أن الحكم قد ركن فى بيان الباعث على الجريمة إلى أقوال الطاعن فى التحقيقات و أقوال الشاهد الثانى بمحضر جلسة المحاكمة و هو ما لا يجادل فيه الطاعن ؛ ومن ثم فلا يقبل منه النعى على الحكم فى هذا الصدد".[1]

كما قضت بأنه "لما كانت المحكمة الاستئنافية قد قامت بتأجيل الدعوى لإعلان محرر المحضر لمناقشته فإن ذلك لا يعدو أن يكون قراراً تحضيرياً لا تتولد عنه حقوق للخصوم توجب العمل على تنفيذه صوناً لهذه الحقوق، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بقالة الإخلال بحق الدفاع لا يكون سديداً".[2]

كذلك قضت بأنه "من المقرر أن الطلب الذى لا يتجه إلى نفى الفعل المكون للجريمة ولا إلى إثبات حصول الواقعة كما رواها الشهود، بل كان المقصود به إثارة الشبهة فى الدليل الذى اطمأنت إليه المحكمة فإنه يعتبر دفاعاً موضوعياً لا تلتزم المحكمة بإجابته. ولما كانت محكمة الموضوع قد اطمأنت إلى أقوال شاهد الإثبات الخفير... وصحة تصويره للواقعة فإنه لا يجوز مصادرتها فى عقيدتها ولا محل للنعى عليها لعدم إجابتها طلب الدفاع ضم دفتر الزيارات بالمستشفى".[3]

١- نقض جنائى جلسة ١٦ أبريل ١٩٨١ س٣٢ ق٦٣ ص٣٥٠، جلسة ١١ ديسمبر ١٩٩٠ س٤١ ق١٩٧ ص١٠٨٥ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٦ سبتمبر ١٩٩٣ ط٢١٢٦٤ لسنة٦٠ ق س٤٤ ق١١٢ ص٧٢١، جلسة ٩ أبريل ١٩٩١ س٤٢ ق٨٩ ص٦٠٤ .

٣- نقض جنائى جلسة ٧يناير ١٩٨٨ س٣٩ ق٩ ص١٠٥ ، ١٦ يناير ١٩٩٢ س٤٣ ق١٤ ص١٦٥ .

وقضت أيضاً بأنه "من المقرر أنه إذا لم يحضر المحامى الموكل عن المتهم وندبت المحكمة محامياً آخر ترافع فى الدعوى، فإن ذلك لا يعد إخلالاً بحق الدفاع مادام لم يبد المتهم اعتراضا على هذا الإجراء و لم يتمسك أمام المحكمة بطلب تأجيل نظر الدعوى حتى يحضر محاميه الموكل، فإن ما يثيره الطاعن بطعنه فى هذا الشأن لا يكون له محل".[1]

كما قضت بأنه "جرى قضاء محكمة النقض بأن طلب ضم قضية بقصد إثارة الشبهة فى أدلة الثبوت التى اطمأنت إليها المحكمة - فضلاً عن أن الحكم قد رد عليه بما يبرر اطراحه - هو طلب لا يتجه مباشرة إلى نفى الفعل المكون للجريمة، فلا على المحكمة إن هى أعرضت عنه و التفتت عن إجابته، وما يثيره الطاعن فى شأنه إنما ينحل فى حقيقته إلى جدل فى تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع."[2]

٣٢٩- التفرقة بين طلب ضم القضايا ووسائل الدفاع الأخرى المشابهة:

ولا ينبغى فى هذا الشأن الخلط بين طلب ضم قضايا أو تحقيقات أو أوراق لما فيها من مستندات تؤيد وجهة نظر الدفاع فى دفاعه، و هو ما يعد بمثابة طلب من طلبات التحقيق المعينة يخضع لكافة ما تخضع له الطلبات و الدفوع الموضوعية من ضوابط وقواعد فى كيفية إبدائه، ووجوب الرد عليه بأسباب صحيحة مقبولة، وبين طلب ضم قضايا لم يفصل فيها بعد لنظرها كلها بمعرفة محكمة واحدة، أو دائرة واحدة من نفس المحكمة لما بينها من ارتباط.

ذلك أن تقدير الارتباط بين الجرائم الموجب لنظرها معاً هو - طبقاً لما أسلفناه فى موضعه من هذه الدراسة - من الأمور الموضوعية التى يفصل فيها قاضى الموضوع دون أن يكون ملزماً ببيان علة رفض الطلب. و كذلك فى قيام الارتباط بين الجناية والجنحة فإنه أمر موضوعى كذلك تقدره محكمة

١- نقض جلسة ٢٢أكتوبر ١٩٨٥ س٣٦ ق١٦٦ ص٩١٨، ١٩ يناير ١٩٨٨ س٣٩ ق٢١ ص١٩٠، جلسة ٥ يناير ١٩٩٨ طعن رقم ١٩٨٣٢ لسنة٦٥ ق.لم ينشر بعد.
٢- نقض جلسة ٢٠ أكتوبر ١٩٨١ س٣٢ ق١٢٩ ص٧٣٢، ٥ يونيو ١٩٨٦ س٣٧ ق١٢٤ ص٦٥٢ .

الجنايات بناء على ما تراه من ظروف الواقعة، ولا يقبل من الطاعن الاعتراض على ما تقرره من فصل الجنحة عن الجناية ما دام الفصل لم يكن ليمنعه من إبداء دفاعه كاملاً فى الجناية و مناقشة أدلتها ؛ فضلاً عن كل الأمور المتعلقة بالدفع بوجود ارتباط بين الجرائم و التى سبق و أن أشرنا إليها فى موضعها من هذه الدراسة ضمن الدفوع الشكلية على ما سلف القول.

وطلب ضم القضايا شأن سائر الطلبات الهامة و الدفوع الموضوعية عموماً ؛ لا يتعلق بالنظام العام بما يترتب على ذلك من آثار، وهو ذو طابع أولى حسب المعيار المتبع فى البحث.

٣٣٠- الخلاصة:

تلك هى أهم طلبات التحقيق و قد رأينا - بعد استعراضها - أنها لا تعدو أن تكون أحد الدفوع الموضوعية بحسب التقسيم المتبع فى البحث باعتبارها أحد وسائل الدفاع التى تنفذ إلى موضوع الدعوى، سواء فى تقدير القوة التدليلية لعناصرها أو لكونها تهدف إلى ضمان حسن سير العدالة. وقد تبين لنا أنها تعد دفوعاً موضوعية من النقاط التالية:

أولاً: أنه من استعراض أحكام محكمة النقض العديدة التى عالجت أنواعها المتعددة أثناء التطبيق، لم نجدها تفرق بين الطلب و الدفع الموضوعى، سواء من حيث شروط إبداء أى منها و مراحل إبدائها أو الآثار الإجرائية المترتبة على التمسك بكل منها.

ثانياً: تبين لنا من بيان آثار التمسك بالدفع الموضوعى أو الطلب أنهما لا يتعلقان بالنظام العام ؛ بما يترتب على ذلك من آثار سبق الإشارة إليها عند بحث الدفوع الموضوعية أو الطلبات.

ثالثاً: أن البين من استعراض هذه الطلبات أنها تنفذ لموضوع الدعوى وأدلتها مثل سائر الدفوع الموضوعية، باعتبار أن كل منها وسيلة دفاع و إن اختلفت التسمية، ويجمع بينهما هدف واحد هو دفع آثار الدعوى المرفوعة على المدعى عليه فى الخصومة الجنائية.

الباب الثالث
طبيعة الحكم الصادر فى الدفع والآثارالمترتبة على ذلك

٣٣١- تمهيد:

تعرضنا فى الباب الأول من هذه الدراسة للشروط الواجب توافرها فى الدفع و مراحل إبدائه، ومن له حق التمسك به، وأنه قد يقضى فيه بناء على طلب من الخصوم أو من تلقاء ذات المحكمة إذا ما تعلق الدفع بالنظام العام. والتزام المحكمة بالرد على الدفع إذا ما توافرت شروط صحته، وأبدى فى المرحلة التى يجوز إبداؤه فيها، وأوضحنا أن هذا الوجوب ناشئ عن التزام المحكمة بتسبيب حكمها بوجه عام. وأنه فى حالة تخلف هذا الالتزام فى الحكم يكون التسبيب معيباً بأحد عيوبه السابق بيانها و التى جرى عليها العمل القضائى. وقد بينا صور العيوب المنطبقة فى حالة عدم توافر شروط صحة التسبيب والتى رددناها إلى ثلاثة أنواع : انعدام الأسباب أو تخلفها كلياً أو جزئياً، وقصور التسبيب، والفساد فى الاستدلال. والضوابط اللازمة لكل نوع منها والتطبيقات القضائية الواردة فى شأنه، ثم بينا فى الباب الثانى من هذه الدراسة أنواع الدفوع بحسب التقسيم الذى أخذنا به فى البحث، و أنها تكون دفوع شكلية أو دفوع موضوعية.

و لقد سبق القول أن الفصل فى الدفع يكون من اختصاص القاضى الجنائى إذا كان ذا "طابع أولى" طبقاً لمبدأ "قاضى الدعوى هو قاضى الدفع" وأن المشرع المصرى أخذ بهذا المبدأ فى قانون الإجراءات الجنائية فى المادة ٢٢١ منه بالنسبة للمسائل الغير جنائية والتى تعرف بالشروط المفترضة فى

الجريمة.[1] ولم يخرج عن هذا الأصل العام إلا بنص خاص كما هو الحال إذا كان الفصل فى الدعوى يتوقف فى نتيجته على الفصل فى دعوى جنائية أخرى (مادة ٢٢٢ إجراءات) .

وكذلك الحال إذا تعلق بالفصل فى مسألة أخرى غير جنائية من الشروط المفترضة فيها، كمسألة من مسائل الأحوال الشخصية]مادة٢٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية .[وذات الشيء يقال إذا تعلق الفصل فى الدفع بمسألة تخرج عن اختصاص القاضى الجنائى وتدخل فى اختصاص جهة قضاء أخرى كالقضاء الإدارى أو المحكمة الدستورية العليا، على النحو الذى سبق بيانه. وفى كل هذه الأحوال يكون الدفع ذا "طابع فرعى".

والذى يهمنا فى هذا الباب هو الحكم الصادر فى الدفوع ذات "الطابع الأولى" التى يتولى الفصل فيها القاضى الجنائى صاحب الاختصاص بالفصل فى الدعوى الأصلية. وهى كثيرة ومتعددة حسب التقسيم الذى سرنا على نهجه فى هذا البحث ولها الطابع الغالب على سائر الدفوع المبينة به، وسوف نتعرض بذلك لبيان الحكم الصادر فى هذه الدفوع بحسب أنواعها الواردة بالتقسيم المبين بالبحث و طبيعته والآثار المترتبة عليه. أما الحكم الصادر فى الدفع الفرعى، فلقد سبق الإشارة إليه فى موضعه من البحث عند التعرض للدفع بالدستورية والدفع بالتزوير، وبينا آثاره فى موضعه باعتبار أن الذى يتولى الفصل فيه قضاء آخر، كالدفع بالدستورية مثلاً، والذى يكون الحكم الصادر فيه ذو حجية مطلقة وتلتزم به سائر سلطات الدولة طبقا للمادة ٤٩ من قانون إنشاء المحكمة الدستورية كذلك تعرضنا لالتزام المحكمة بوقف نظر الدعوى انتظاراً للفصل فى الدفع الفرعى، وقد سبق الإشارة إلى ذلك فى موضعه من البحث سواء بالنسبة للدفع بالدستورية أو للدفع بالتزوير أو بتوافر

١- د. عبد العظيم وزير: الشروط المفترضة فى الجريمة ص٣٤٥ وما بعدها.

مسألة غير جنائية منصوص عليها فى قانون آخر كمسائل الأحوال الشخصية والمسائل التجارية مثلاً.[1] ولطبيعة الحكم الصادر فى مثل هذه الدفوع وأنها لا تفصل فى موضوع الدعوى الأصلية المعروضة على القاضى الجنائى. ولكنها ذات أثر كبير فيه على النحو المبين سلفاً.

٣٣٢- أنواع الأحكام الصادرة فى الدفوع:

والأحكام الصادرة فى الدفوع الشكلية أو الموضوعية بوجه عام لا تخرج عن كونها ثلاثة أنواع وهى أحكام صادرة فى الاختصاص، أو متعلقة بقبول الدعوى، أو فاصلة فى ذات موضوع الدعوى، وبينما الطائفتين الأولى والثانية تصدران فى الدفوع الشكلية ؛ فإن الطائفة الثالثة تصدر فى الدفوع الموضوعية وينبنى عليها – فيما لو صح الدفع وتوافرت شروطه – القضاء بالبراءة. ويجمع بين هذه الأحكام أنها جميعاً أحكام قطعية، إلا أن النوعين الأول والثانى وإن اعتبرا قطعيان إلا أنهما غير فاصلين فى موضوع الدعوى. أما النوع الثالث فيعتبر أحكام قطعية فاصلة فى الموضوع.

٣٣٣- طبيعة الأحكام الصادرة فى الدفوع:

قلنا أن الأصل أن الأحكام القطعية إما أحكام قطعية فاصله فى الموضوع، وإما أحكام قطعية غير فاصله فى الموضوع، ونعنى بالأحكام القطعية غير الفاصلة فى الموضوع الأحكام التى تحسم على نحو قاطع مشكلة متعلقة بإجراءات الدعوى.[2] فهى تهدف إلى البت فى عقبات إجرائية تعوق سير الدعوى أمام القضاء. وتوصف هذه الأحكام بأنها قطعية لأنها تحسم المشكلة التى تفصل فيها، وتحوز حجية أمام القضاء الذى أصدرها فيمتنع عليه الرجوع عنها، وقد تحوز قوة الشىء المحكوم فيه فيمتنع على المحاكم

١- أنظر فى بيان ذلك البند رقم ٢٤٨، ورقم٢٦٠ من البحث.
٢- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى فى إنهاء الدعوى الجنائية. ص٦٩ و ما بعدها.

الأخرى أن تعدل فيها، وتثير الأحكام القطعية غير الفاصلة فى الموضوع صعوبة تحديد نطاقها والتمييز بينها وبين ماعداها من الأحكام.

ويرى جانب من الفقه[1] أنها تتميز بأمرين: اعتمادها على تطبيق قواعد إجرائية، وحسمها فى صورة قاطعة للمشاكل التى تفصل فيها، وكما يميز الأمر الأول بينها وبين الأحكام الفاصلة فى الموضوع ؛ فإن الأمر الثانى يميز بينها وبين الأحكام الخاصة بتحقيق الدعوى والأحكام الوقتية. ويتميز هذا الرأى بمسايرته للمنطق القانونى وسلامة الأسس التى انبنى عليها إذ أنه يقسم الأحكام القطعية غير الفاصلة فى الموضوع إلى قسمين:

أ) قسم يخرج النزاع من سلطة القاضى ومثاله الحكم بعدم الاختصاص أو عدم القبول.

ب) قسم لا يخرج النزاع من سلطة القاضى ومثاله الحكم برفض الدفع بعدم الاختصاص أو الدفع بعدم القبول.

أما الأحكام القطعية الفاصلة فى الموضوع[2] فهى التى تحسم - على نحو قاطع - النزاع فى موضوع الدعوى ذاتها، وتخرج النزاع من حوزة القاضى الذى أصدر الحكم، وتتميز بكونها تطبق قواعد موضوعية على أصل النزاع، فهى - فى المجال الجنائى - تطبق قانون العقوبات أو القوانين المكملة له على الفعل المسند إلى المتهم لتحدد تكييفه، أو تطبق قانون الإجراءات لتحدد صحة الإجراءات الجنائية المتبعة فى الدعوى، وتقضى بالبراءة أو الإدانة.

ويتميز هذا النوع من الأحكام بأنه يحسم النزاع وينهى الخصومة ويفصل فى جميع الطلبات والدفوع المطروحة على القاضى ويعنى ذلك أنه لن تبقى

١- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى فى إنهاء الدعوى الجنائية، المرجع السابق ص٧٢ .

٢- د. نجيب حسنى: قوة الحكم المرجع السابق ص٥٩ .

مسائل متنازع عليها، وانتهاء الدعوى الجنائية بصدور حكم فاصل فى موضوعها هو انتهاء نسبى، أى بالنسبة للقضاء الذى أصدره، أما بالنسبة لقضاء غيره فقد لا تعد الدعوى الجنائية منقضية إذا كان الحكم قابلاً للطعن أمامه ؛ بل إن الدعوى الجنائية قد لا تعد منتهية أمام القضاء الذى أصدر الحكم الفاصل فى الموضوع إذا كان القانون يجيز الطعن فيه أمامه.[1]

وهذه القاعدة هى التى تحكم صدور الأحكام عموماً فى الإجراءات الجنائية، والواقع أن ما نعتبره حكماً صادراً فى دفع سواء كان هذا الدفع شكلياً أو موضوعياً لن يخرج عن هذا الأصل.

والأصل أن تقضى المحكمة فى الدفع الشكلى قبل بحث الموضوع، لأن الفصل فى الشكل قد يغنيها عن التعرض للموضوع، إذ يترتب على قبوله انقضاء الخصومة أمامها سواء كان حكمها بعدم القبول أو بعدم الاختصاص، وقد يحدث أن تقضى المحكمة بضم الدفع إلى الموضوع وتصدر فيهما حكماً واحداً ؛ و ذلك فى حالة ما إذا كان الدفع من الدفوع الموضوعية لأن الفصل فى الدفع فى هذه الحالة يقتضى بحث الموضوع، ولا يمنع ذلك المحكمة بعدئذ من الحكم بقبول الدفع والقضاء فى الموضوع، كما لا يمنعها من الحكم فى الدفع وحده برفضه ثم التدرج لبحث الموضوع.

والحكم الصادر فى الدفع الشكلى قد لا يترتب عليه إنهاء الدعوى أمام ذات المحكمة على ما سوف يرد بيانه فى حينه. وتترتب آثار أخرى على هذا الحكم وكذلك على الحكم الصادر فى الدفع الموضوعى.

١- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى فى إنهاء الدعوى الجنائية، المرجع السابق ص٦٠ .

٣٣٤- تقسيم:

وسوف نتناول الأحكام غير الفاصلة فى الموضوع والأحكام الفاصلة فى هذا الباب فى ثلاثة فصول، فنتعرض فى الفصل الأول للأحكام الصادرة فى الدفوع المتعلقة بالاختصاص من حيث طبيعتها والآثار المترتبة عليها، ونتبعها فى الفصل الثانى بالدفوع المتعلقة بالقبول، وبعد الانتهاء من الأحكام غير الفاصلة فى الموضوع فى هذين الفصلين سوف نتعرض للحكم الفاصل فى الموضوع من حيث طبيعته وآثاره فى الفصل الثالث والأخير.

الفصل الأول
الأحكام التى تتعلق بالاختصاص

نتناول فى هذا الفصل الحكم المتعلق بالاختصاص من حيث طبيعته ثم الآثار المترتبة عليه وذلك فى مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول: طبيعة الحكم المتعلق بالاختصاص.

المبحث الثانى: آثار الحكم الصادر فى الدفع المتعلق بالاختصاص.

المبحث الأول
طبيعة الحكم المتعلق بالاختصاص

٣٣٥- تمهيد:

ذكرنا فيما سبق - عند التعرض للدفع بعدم الاختصاص[1] - أن قواعد الاختصاص فى المسائل الجنائية تعد جميعها من النظام العام، لأنها تعتمد على حسن إدارة العدالة الجنائية ولأن هذه القواعد هى التى تحدد الولاية والاختصاص لجهات القضاء فى نظر الخصومة الجنائية، وهى ليست كالقواعد المفسرة أو المكملة فى قانون المرافعات بحيث يترك لأطراف الخصومة الجنائية حرية الاتفاق على مخالفتها ؛ بل هى من القواعد الآمرة

١- راجع ما سبق بيانه فى البند ١٤١ من هذا البحث وما بعده.

التى تحدد صلاحية القضاء الجنائى للنظر فى الخصومة، وهو أمر يمس النظام العام ذاته ولا يتعلق بمصالح الخصوم، ويترتب على ذلك أن لأطراف الخصومة الجنائية أن يتمسكوا بهذا الدفع أمام كافة درجات التقاضى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض .

بل إن المحكمة فى الاختصاص من تلقاء نفسها، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون عناصر المخالفة ثابتة بالحكم بغير حاجة إلى إجراء تحقيق موضوعى.[١]

٣٣٦- طبيعة الحكم المتعلق بالاختصاص:

أولا: ذهب رأى من الفقه[٢] فى تحديد طبيعة الحكم الصادر فى الدفع المتعلق بالشرط المفترض - باعتباره من المسائل غير الجنائية التى يمتد اختصاص القاضى الجنائى إلى نظرها أثناء نظره للجريمة التى يعد الشرط المفترض فيها داخلا فى البنيان القانونى لها، وهو فى النهاية مسألة متعلقة باختصاص القاضى الجنائى - إلى القول أن فصل القاضى الجنائى فى الدفع المتعلق بالشرط المفترض هو عمل قضائى ؛ لأنه يقدم الحل فى منازعة ومن ثم فهو حكم صادر من القاضى الجنائى قد يكون فاصلا فى الموضوع وينهى الخصومة أمامه، ويربط بين تحديد طبيعة الحكم الصادر فى الدفع وبين حالات الشرط المفترض المعروضة على القاضى الجنائى والتى لا تخرج عن واحدة من ثلاث حالات:

١- عنصر غير جنائى يقابل عنصرا إضافيا فى تكييف الجريمة مثل البنوة فى قتل الأباء فى القانون الفرنسى. ويصف حكم القاضى فى الرد على الدفع بأنه حكم جنائى ذو موضوع مدنى وليس له حجية أمام القضاء المدنى.

٢- عنصر غير جنائى يختلط بالجريمة، وذلك إذا كان وسيلة للجريمة كما

١- نقض جنائى جلسة ٥ أكتوبر١٩٩٣ س٤٤ ق١١٨ ص٧٦٥ .

٢- د. عبد العظيم وزير: الشروط المفترضة. المرجع السابق ص ٣٤٨ .

فى عقد القرض بشروط ربوية، ويعتبر حكم القاضى فى هذه الحالة حكم جنائى ذو أثر أمام القضاء المدنى لما له من حجية أمام القضاء المدنى فيما يتعلق بالأدلة المتعلقة بوجود العنصر غير الجنائى.

٣- عنصر غير جنائى يقابل شرطاً مفترضاً فى الجريمة بصرف النظر عن انفصاله أو اتصاله بالجريمة كالعقد فى جريمة خيانة الأمانة. وفى هذه الحالة يعتبر حكم القاضى الجنائى ذو طبيعة مدنية ويحوز الحجية أمام القاضى المدنى.

ويخلص من ذلك إلى أن القاضى الجنائى - فيما يتعلق بفحصه للشرط المفترض أو بالفصل فى الشرط المفترض - يصدر قراراً أو حكماً غير جنائى صريحاً أو ضمنياً. وتتحدد آثاره ببيان حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى.[١]

ثانياً: ونحن نتفق مع هذا الرأى فى أن الحكم الصادر فى الدفع المتعلق بالمسائل الغير جنائية يعد عملاً قضائياً لأنه يقدم الحل فى منازعة، ونستدل منه على أن الحكم الصادر في مسائل الاختصاص بصفة عامة هو عمل قضائى، ولكنه غير فاصل فى موضوع الدعوى. فمن القواعد الأساسية أن كل قاض يختص بالنظر فى أمر اختصاصه أو عدم اختصاصه بنظر الدعوى عملاً بقاعدة أن "قاضى الموضوع هو قاضى الدفوع"[٢] كما سلف القول فى موضعه من هذا البحث، وهو لا يتقيد بأى حكم يصدر من قاض آخر يمنحه الاختصاص أو ينزعه عنه، فيما عدا ما نص عليه المشرع من استثناءات.[٣]

والغالب أن تقضى المحكمة فى الدفع قبل الفصل فى موضوع الدعوى لأن القضاء فى الدفع قد يغنيها عن نظر الموضوع، فإذا هى قضت بقبول الدفع انتهت بذلك الخصومة أمامها، أما إذا رفضت المحكمة الدفع انتقلت إلى نظر الموضوع. وقد ترى المحكمة نظر الدفع مع الموضوع.

١- د.عبد العظيم وزير: الشروط المفترضة. المرجع السابق ص ٣٥٠ .

٢- راجع ما سلف ذكره بالبند ١٣٧ من هذا البحث.

٣- نقض مدنى فرنسى ٥ نوفمبر سيرية ٩١ - ١ - ٥٧٦ مشار إليه بمرجع د.أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ص٢٠٣ .

وقد قضى بأنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات، وتتصدى بعدئذ لموضوع الدعوى دون الفصل فى الدفع المقدم من المدعى عليه أو دون أن تأمر بضم الدفع إلى الموضوع[1] ولكن لا يملك الخصوم فى الدعوى إلزام المحكمة بضم الدفع إلى الموضوع أو الفصل فيه مستقلاً وإنما للمحكمة وحدها حق تقدير ذلك بحسب ظروف كل قضية.[2] وقد يقتضى الفصل فى الدفع بحث الموضوع ؛ وفى هذه الحالة يتعين على المحكمة نظر الموضوع لا لذاته وإنما باعتباره مسألة أولية يتعين بحثها أولاً وقبل الفصل فى مسألة الاختصاص كما فى تحديد نوع الجريمة وما إن كانت جناية أم جنحة.

٣٣٧- طبيعة الحكم المتعلق بالاختصاص فى قانون المرافعات:

ولقد أجاز المشرع فى قانون المرافعات للمحكمة أن تأمر بضم الدفع للموضوع وأن تحكم فيهما بحكم واحد (مادة ١٠٨ من قانون المرافعات) بشرط أن يكون الخصوم قد أبدوا طلباتهم فى موضوع الدعوى أو أن تكون المحكمة قد أمرتهم بذلك وإلا تكون قد أخلت بحقوق الدفاع. وتنص المادة ١٠٨ على أنه "إذا قضت المحكمة فى الدفع مع الموضوع وجب عليها أن تبين ما حكمت به كل منها على حدة" ولم ترد هذه المادة بخصوص الدفع بعدم الاختصاص وحده وإنما وردت بشأن سائر الدفوع الشكلية، وقصد بها المشرع تأكيد استقلال الدفع عن الموضوع.

إلا أنه إذا كانت المحكمة غير مختصة ؛ فإنها لا تملك إلا الفصل بعدم اختصاصها والإحالة عملاً بالمادة ١١٠ مرافعات، ولا يجوز لها أن تقضى فى أى دفع آخر ولو تعلق بالنظام العام ؛ لأن المحكمة غير المختصة لا ولاية لها فى نظر موضوع الدعوى أو نظر أى أمر يتفرع عنه.[3]

١- نقض مدنى فرنسى ١٢ يناير ١٩٢٠ سيرية. مشار إليه بمرجع د.أحمد أبو الوفا: : نظرية الدفوع ص٢٠٤ .

٢- د. أحمد أبو الوفا: : نظرية الدفوع : المرجع السابق ص٢٠٣ .

٣-د. أحمد أبو الوفا: : نظرية الدفوع. المرجع السابق ص٢٠٥ وما بعدها.

٣٣٨- طبيعة الحكم فى قانون الإجراءات الجنائية:

ولا تختلف القواعد المتبعة فى قانون الإجراءات الجنائية كثيراً عما هو سائد فى قانون المرافعات، فالمادة ٣٠٥ من قانون الإجراءات تقرر أنه "إذا تبين للمحكمة الجزئية أن الواقعة جناية أو جنحة من الجنح التى تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر على غير الأفراد تحكم بعدم اختصاصها وتحيلها إلى النيابة العامة لاتخاذ ما يلزم فيها.

على أنه يلاحظ أن الحكم الصادر فى الموضوع يعتبر مشتملاً على قضاء ضمنى فى الاختصاص كلما كانت مسألة الاختصاص قائمة فى الخصومة الجنائية سواء أثارها الخصوم أنفسهم أو قضت بها المحكمة من تلقاء نفسها اعتباراً بأن الاختصاص من النظام العام ؛ فإذا كانت المحكمة غير مختصة فإنها لا تملك إلا القضاء بعدم اختصاصها والإحالة لأن المحكمة غير المختصة لا ولاية لها فى نظر موضوع الدعوى أو نظر أى أمر يتفرع عنها.[1]

١- فى هذا الخصوص فإن كان عدم الاختصاص تخلف شرط من شروط انعقاد الولاية للمحكمة للفصل فى موضوع الدعوى، فإن الجزاء المترتب على ذلك هو البطلان وليس الانعدام، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن من «المقر أن مخالفة قواعد الاختصاص فى المواد الجنائية بما فى ذلك الاختصاص الولائى لا يترتب عليه إلا بطلان الحكم الصادر من محكمة غير مختصة، وليس من شأنه أن يجعل الحكم معندما لان الخصائص المحكمة بالفصل فى الدعوى الجنائية شرط لصحة الحكم لا لوجوده قانونا، نقض جنائى جلسة ٤ مارس ١٩٨١ س ٣٣ ص ٢١٤ سالف الإشارة اليه بالبند ١٣٧ من هذا البحث، وباعتبار أن الحكم هنا ببيان نتيجته وهى «عدم الاختصاص» قد تكاملت أركانه لصدوره من قضاه ومتضمنا الاعلان عن إرادة القضاة التى هى ارادة القانون ومبينا النتيجة التى يرى وجوب تحققها فى موضوع الدعوى، لأن الحكم ان تخلفت فيه أحد الأركان فليس له وجود إذ لم يتوافر له ركنه الذى يتيح له تحقيق وظيفته القانونية، ذلك انه غير صالح للتنفيذ فى هذه الحالة ولم يضع حلا لما ثار فى الدعوى من نزاع وإنما إذا توافرت فيه الاركان السالف الاشارة إليها ولحق به عيب من عيوب التسبيب أو تناقضت أجزاؤه، فإنه يكون موجودا ولكنه معيب بعيب قد يلحق به البطلان. د. نجيب حسنى : قوة الحكم الجنائى. المرجع السابق ص ٧٤.

٣٣٩- الخلاصة:

والخلاصة أن طبيعة الحكم الصادر فى الدفوع المتعلقة بالاختصاص تتحدد بكونها عملاً قضائياً بحتاً، ولكن ليس لهذا الحكم المتعلق بالاختصاص قوة إنهاء الدعوى الجنائية. ذلك أن الحكم بالاختصاص يبقى الدعوى أمام المحكمة التى أصدرت ذلك الحكم، وعليها أن تنظر فيها لتفصل فى موضوعها. أما الحكم بعدم الاختصاص فهو لا ينهى الدعوى كذلك، ذلك أنه إذا خرجت بهذا الحكم من سلطة المحكمة التى أصدرته، فهناك المحاكم الأخرى التى تختص إحداها بالدعوى، والسير العادى للأمور أن يعقب الحكم بعدم الاختصاص طرح الدعوى أمام محكمة أخرى مختصة بها.

وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لاعتبار أن الحكم الصادر فى الاختصاص لا يحوز قوة الشىء المحكوم فيه فى موضوع الدعوى الجنائية بقولها "لما كان الحكم المطعون فيه قد عرض للدفع المبدى من الطاعن بعدم جواز نظر الدعوى السابق صدور حكم من المحكمة بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الدعوى وأطرحه، وكان مفاد نص المادة ٤٥٤ من قانون الإجراءات الجنائية أنه يشترط فى الدفع بقوة الشىء المحكوم فيه فى المسائل الجنائية بما يتعين معه الامتناع عن نظر الدعوى :

أولاً: أن يكون هناك حكم نهائى سبق صدوره فى محاكمة جنائية معينة، أو أن يكون بين هذه المحاكمة والمحاكمة التى يراد التمسك فيها بهذا الدفع اتحاد فى الموضوع والسبب وأشخاص المتهمين.

ثانياً: أن يكون الحكم صادراً فى موضوع الدعوى سواء قضى بالإدانة وتوقيع العقوبة أو بالبراءة ورفض توقيعها، أما إذا صدر حكم فى مسألة غير فاصلة فى الموضوع، فإنه لا يحوز حجية الشىء المقضى به ؛ ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لأن الحكم الصادر من المحكمة الجزئية بعدم اختصاصها نوعيا غير

فاصل فى موضوع الخصومة سواء بالبراءة أو الإدانة، يكون قد أصاب صحيح القانون بما يضحى معه نعى الطاعن فى هذا الصدد غير سديد".[1]

بل إن هذا الحكم قد يطعن فيه فيلغى، فتعود الدعوى ثانية أمام المحكمة التى قضت بعدم الاختصاص. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه "مادامت محكمة الجنايات قد تخلت بغير سند عن نظر الدعوى بعد أن أصبحت بين يديها وانتهت بذلك الخصومة أمامها دون أن ينحصر سلطانها عنها، ومن ثم فإن حكمها يكون قابلاً للطعن فيه بالنقض، وإذ كان الحكم قد قصر بحثه على مسألة الاختصاص ولم يعرض للواقعة الجنائية ذاتها ؛ فإنه يتعين أن يكون مع النقض الإعادة إلى محكمة الجنايات".[2]

وإذا تعارضت أحكام بعدم الاختصاص حائزة قوة الشىء المحكوم فيه ؛ فإن القانون يضع من القوانين ما يحسم به هذا التنازع السلبى، فيكفل بذلك تعيين المحكمة المختصة ويتفادى احتمال إفلات المتهم من العقاب (مادة ٢٢٦ وما بعدها إجراءات جنائية).

على أنه يلاحظ فى النهاية أنه إذا أعقب الحكم بعدم الاختصاص تقاعس سلطة الاتهام عن الطعن فيه أو طرح الدعوى على القضاء المختص فأدى ذلك إلى سقوط الدعوى بالتقادم فليس معنى ذلك أن هذا الحكم كانت له قوة إنهائها، وإنما انقضت بالتقادم، وما كان الحكم غير ظرف أتاح السبيل لسريان التقادم واكتمال مدته.[3]

١- نقض جنائى جلسة ٥نوفمبر ١٩٩٧ طعن رقم ١٠٤٤٢ لسنة ٦٠ ق. منشور بمجلة القضاة الفصلية السنة٣٠ سالف الإشارة إليها.

٢- نقض جنائى جلسة ١٣ يناير١٩٩١ س٤٢ ق١١ ص٥٩ .

٣- د نجيب حسنى : قوة الحكم الجنائى - المرجع السابق ص٧٤ .

المبحث الثانى
آثار الحكم الصادر فى الدفع المتعلق بالاختصاص

٣٤٠- تمهيد:

ذكرنا من قبل أن الأحكام الصادرة فى الدفوع المتعلقة بالاختصاص هى قرارات ذات طبيعة قضائية يصدرها القاضى الجنائى. وتتميز من حيث طبيعتها أنها أحكام قطعية غير فاصلة فى موضوع الدعوى سواء قررت المحكمة اختصاصها أو قضت بعدم اختصاصها. فإذا قررت المحكمة اختصاصها كان عليها أن تفصل فى موضوعها، وامتنع عليها أن تقضى بعد ذلك بعدم اختصاصها. وإن قررت عدم اختصاصها خرجت الدعوى من سلطتها وامتنع عليها أن تفصل فى موضوعها.

ويقتضينا البحث أن نتعرض لآثار هذه الأحكام وتلك من حيث حجيتها فى قانون المرافعات وقانون الإجراءات الجنائية ولطرق الطعن فى هذا الحكم فى القانون أيضا، وما يترتب على ذلك بالنسبة للموضوع من حيث إعادة طرحه أمام المحكمة المختصة.

٣٤١- حجية الحكم الصادر فى الدفع فى قانون المرافعات:

أولا: الأصل أنه إذا صدر الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى ؛ فلا يحوز حجية الشىء المحكوم به إلا فى الخصومة التى صدر فيها، ولا تتقيد به أية محكمة أخرى يكون النزاع ذاته مطروحا عليها، لأن الحكم بعدم اختصاص المحكمة يقصد به مجرد نفى ولايتها دون تحديد محكمة أخرى تختص بنظر الدعوى، وتتوافر هذه الصورة المتقدمة إذا اقتصرت المحكمة على الحكم بعدم اختصاصها دون أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة وفقا لما توجبه المادة ١١٠ مرافعات، أما إذا قضت المحكمة بالإحالة وفقا للمادة المشار إليها ؛ فإن المحكمة المحال إليها تلتزم بنظرها وفقا لنص القانون، غير أن ذلك لا يقيدها إلا فى نوع الاختصاص المحالة به الدعوى إليها، فإذا رأت المحكمة المحال إليها الدعوى أنها غير مختصة طبقا لنوع آخر من الاختصاص غير المحالة به الدعوى إليها، فتستطيع أن تقضى بعدم اختصاصها بالدعوى طبقا للنوع الأخير كما إذا كانت الدعوى محالة إليها بوصف كونها مختصة محليا فرأت أنها غير مختصة نوعيا ؛ فلا تتقيد بالنوع الأول من الاختصاص.

ثانيا: الحكم باختصاص المحكمة بنظر الدعوى لا يحوز حجية الشىء المحكوم به ولا تتقيد به أية محكمة أخرى يكون النزاع ذاته مطروحا عليها أو يجدد أمامها لأن الحكم باختصاص المحكمة يفيد أن المحكمة لها ولاية الفصل فيه، فقد تكون الدعوى قد رفعت أولاً إلى محكمة هى الأخرى مختصة بنظرها : للاعتبار المتقدم تملك ذات المحكمة - التى قضت باختصاصها بنظر الدعوى - إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى فى بعض الأحوال.

فمثلا إذا اتفق الخصوم على التداعى أمام محكمة غير المحكمة المرفوعة إليها الدعوى، جاز للمحكمة عملا بنص المادة ١١١ أن تأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة التى اتفقوا عليها. ولا يمنع من هذه الإحالة صدور حكم باختصاص المحكمة بنظر النزاع. كذلك الحال إذا أدلى المدعى عليه بالدفع

ثالثا: وبعد أن بينا حجية الحكم الصادر بعدم الاختصاص والحكم الصادر بالاختصاص ؛ يثور التساؤل عن حجية الحكم الصادر فى الموضوع من محكمة غير مختصة؟

والرد على هذا التساؤل يختلف باختلاف أنواع الاختصاص:

أ) فإذا كان الحكم صادرا من جهة قضاء غير مختصة ؛ فالأصل أنه لا يحوز حجية الشيء المحكوم فيه أمام جهات القضاء الأخرى، فيكون معدوم الوجود فى نظرها ولا يعتبر عنوانا للحقيقة ولا تنفذه إذا ما طلب إليها تنفيذه، ولكن الحكم الصادر من جهة قضاء غير مختصة يحوز حجية الشيء المحكوم به أمام كافة محاكم الجهة التى أصدرته فعليها أن تحترمه ولا يجوز لها أن تنكر حجيته.

فمثلا إذا قضت محكمة إدارية فى مادة لا تدخل فى اختصاص جهة القضاء الإدارى ؛ فإن حكمها مع ذلك يحوز الحجية أمام هذه الجهة.

ولقد ذهب الرأى الراجح فى فرنسا إلى التسليم بحجية الحكم الصادر من أية جهة من جهات القضاء أمام كافة جهات القضاء الأخرى ولو خالف قواعد الاختصاص المتعلق بالوظيفة أو مس مبدأ الفصل بين السلطات[1] وذلك لحسم النزاع ووضع حد له ولرعاية حجية الأمر المقضى به واحترامها.

ويرى جانب من الفقه[2] الأخذ بهذا المبدأ فى مصر بعد أن زال تعدد جهات قضاء الأحوال الشخصية، وأصبح رجال القضاء فى كل من المحاكم القضائية والإدارية ممن تتوافر فيهم شروط واحدة، وسنده فى ذلك أن نص المادة ١١٠ من قانون المرافعات قد أوجب على المحكمة - التى تقضى بعدم

١- نقض مدنى فرنسى جلسة ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٧ سيرية ٩-١-٢-٥٠ مشار إليه بمرجع الدكتور احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع ص٢١٠ - هامش.

٢- د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع - الموضع السابق ص ٢١٠ .

ثالثا: وبعد أن بينا حجية الحكم الصادر بعدم الاختصاص والحكم الصادر بالاختصاص ؛ يثور التساؤل عن حجية الحكم الصادر فى الموضوع من محكمة غير مختصة؟

والرد على هذا التساؤل يختلف باختلاف أنواع الاختصاص:

أ) فإذا كان الحكم صادرا من جهة قضاء غير مختصة ؛ فالأصل أنه لا يحوز حجية الشىء المحكوم فيه أمام جهات القضاء الأخرى، فيكون معدوم الوجود فى نظرها ولا يعتبر عنوانا للحقيقة ولا تنفذه إذا ما طلب إليها تنفيذه، ولكن الحكم الصادر من جهة قضاء غير مختصة يحوز حجية الشىء المحكوم به أمام كافة محاكم الجهة التى أصدرته فعليها أن تحترمه ولا يجوز لها أن تنكر حجيته.

فمثلا إذا قضت محكمة إدارية فى مادة لا تدخل فى اختصاص جهة القضاء الإدارى ؛ فإن حكمها مع ذلك يحوز الحجية أمام هذه الجهة.

ولقد ذهب الرأى الراجح فى فرنسا إلى التسليم بحجية الحكم الصادر من أية جهة من جهات القضاء أمام كافة جهات القضاء الأخرى ولو خالف قواعد الاختصاص المتعلق بالوظيفة أو مس مبدأ الفصل بين السلطات[1] وذلك لحسم النزاع ووضع حد له ولرعاية حجية الأمر المقضى به واحترامها.

ويرى جانب من الفقه[2] الأخذ بهذا المبدأ فى مصر بعد أن زال تعدد جهات قضاء الأحوال الشخصية، وأصبح رجال القضاء فى كل من المحاكم القضائية والإدارية ممن تتوافر فيهم شروط واحدة، وسنده فى ذلك أن نص المادة ١١٠ من قانون المرافعات قد أوجب على المحكمة - التى تقضى بعدم

١- نقض مدنى فرنسى جلسة ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٧ سيرية ٩-١-٢-٥٠ مشار إليه بمرجع الدكتور احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع ص٢١٠ - هامش.

٢- د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع - الموضع السابق ص ٢١٠ .

اختصاصها - أن تحيل الدعوى إلى المحكمة التى تراها مختصة ؛ وعندئذ يفرض حكم الإحالة على تلك المحكمة التى تتبع جهة قضائية غير الجهة التى أصدرت حكم الإحالة.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأى فى العديد من أحكامها وتواترت أحكامها على ذلك حينما قالت "الحكم بعدم الاختصاص القيمى والإحالة إلى المحكمة المختصة وفقا للمادة ١١٠ من قانون المرافعات ينهى الخصومة كلها فيما فصل فيها وحسمه بصدد الاختصاص، إذ لا يعقبه حكم آخر فى موضوع الدعوى من المحكمة التى أصدرته ويكون قابلا للاستئناف فى حينه ؛ فإذا لم يستأنف أصبح نهائيا والتزمت به المحكمة التى قضى باختصاصها ولو خالف حجية حكم سابق لها فى هذا الشأن أو بنى على قاعدة أخرى غير صحيحة فى القانون، لأن قوة الأمر المقضى تعلو على اعتبارات النظام العام".[١]

كما قضت بأن "القضاء السابق صدوره من المحكمة المحال إليها الدعوى لعدم اختصاصها ولائيا بنظر الدعوى متى حاز قوة الأمر المقضى بعدم الطعن فيه يقيد هذه المحكمة ويمنع من معاودة النظر فيما قضى به".[٢]

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الرأى نظرا لأن نص المادة ١١٠ مرافعات قد جاء عاما ولم يتقيد بنوع من الاختصاص ؛ فلا محل لتقييده إذن بدون مبرر.

ب) أما إذا كان الحكم صادرا من محكمة غير مختصة اختصاصا نوعيا أو قيميا ؛ فإنه يحوز حجية الشىء المحكوم به أمام محاكم الجهة التى أصدرت الحكم بما فى ذلك المحكمة التى كانت مختصة أصلا بنظر

١- نقض مدنى جلسة ٢٩ ديسمبر ١٩٨٧ س ٣٨ ص ١١٩١ .
٢- نقض مدنى جلسة ٢٥ يونيو سنة ١٩٨٦ س ٣٧ ص ٧٦٤ .

النزاع، كما أن هذا الحكم يحوز الحجية أمام سائر جهات القضاء الأخرى، وعلى ذلك اتفق رأى الفقه[1] وسار القضاء فى أحكامه عليه.[2]

ج) أما إذا كان الحكم صادرا من محكمة غير مختصة محليا ؛ فإنه يعتبر صادرا من محكمة مختصة طالما أن المدعى عليه اسقط حقه فى الاعتراض على اختصاصها فى الوقت المناسب.

٣٤٢- حجية الحكم الصادر فى الدفع فى قانون الإجراءات الجنائية:

أما عن حجية أحكام الاختصاص فى قانون الإجراءات الجنائية فهى لا تختلف فى كثير عن القواعد المعمول بها فى المرافعات باعتبار أن قانون المرافعات هو القانون العام الذى يرجع إليه فى حالة خلو قانون الإجراءات من نص يعالج الحالة المعروضة عليه، إلا أنه يبقى خلاف بسيط، يتضح إذا ما علمنا أن قواعد الاختصاص الجنائى عموما سواء النوعى أو الشخصى أو المكانى كلها من النظام العام، على ما سلف البيان فى موضعه من هذا البحث ؛ ومن ثم تفصل المحكمة فى اختصاصها أو عدم اختصاصها من تلقاء نفسها دون حاجة إلى دفع بذلك من الخصوم.

وتتضح القواعد التى تحكم حجية الحكم الصادر منها فيما يلى:

أولا: إذا قررت المحكمة اختصاصها بالدعوى كان عليها أن تفصل فى موضوعها، وامتنع أن تقضى بعد ذلك بعدم اختصاصها ؛ وإن قررت عدم اختصاصها خرجت الدعوى من سلطتها وامتنع عليها أن تفصل فى موضوعها. وإذا حاز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه - أى أصبح غير قابل للطعن - فلا سبيل إلى تعديله وإن ثبت أنه يقوم على خطأ فى تطبيق القانون أو تقدير الوقائع، فإذا قضت محكمة الجنح بعدم اختصاصها لأن الجريمة جناية،

١- د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع. المرجع السابق ص ٢١١ .
٢- نقض مدنى جلسة ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٧ س ٣٨ ص ١١٩١ سالف الإشارة إليه.

وحاز هذا الحكم قوة الشيء المحكوم فيه فليس لسلطة الإحالة أن تعيدها إليها، فإن فعلت على الرغم من ذلك كانت مخطئة وتعين على محكمة الجنح أن تقضى بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الحكم فيها بعدم الاختصاص.[1]

ولا يغير من هذا الوضع أن ترى سلطة الإحالة أن الجريمة جنحة، وإنما يتعين عليها أن تحيلها إلى محكمة الجنايات بالوصفين: وصف الجناية ووصف الجنحة، لتحكم بما تراه (مادة ١٨٠ من قانون الإجراءات الجنائية)، احتراما لحجية حكم محكمة الجنح الصادر بعدم اختصاصها. وعلى ذلك فإن للأحكام المتعلقة بالاختصاص حجيتها أمام القضاء الذى أصدرها، وقد تحوز قوة الشيء المحكوم فيه أمام هذه المحكمة ؛ وذلك إذا أصبح الطعن فيها غير جائز، على ما سلف القول.

وقد أيد المشرع هذا الاتجاه حينما أورد فى المادة ٣٠٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى أنه إذا تبين للمحكمة الجزئية أن الواقعة جناية أو أنها جنحة من الجنح التى تقع بواسطة الصحف وغيرها من طرق النشر على غير الأفراد ؛ أن تحكم بعدم اختصاصها وتحيلها إلى النيابة لاتخاذ ما يلزم فيها، إذ أوجبت على المحكمة أن تحيلها إلى النيابة والتى تتولى بدورها التصرف فيها بالإحالة إلى محكمة الجنايات ويصبح هذا الحكم حجة على الجهة التى أصدرته ؛ ما لم تلغه محكمة الطعن.[2]

ثانيا: إذا تعارضت أحكام بعدم الاختصاص حائزة لقوة الشيء المحكوم فيه، فإن القانون يضع من القواعد ما يحسم به هذا التنازع السلبى فيكفل بذلك تعيين المحكمة المختصة ويتفادى احتمال إفلات المتهم من العقاب[3] (مادة ٢٢٦ وما بعدها من قانون الإجراءات الجنائية).

١- نقض جنائى جلسة ١٤ مارس ١٩٥٥ س٦ ق٢٠٤ ص٦٢٠، جلسة ٢٠ مارس ١٩٥٦ س٧ ق١١٨ ص٤٠٥ .

٢- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى. المرجع السابق ص ٧٠ وما بعدها.

٣- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى. المرجع السابق ص ٧٤

٣٤٣- الطعن فى الحكم الصادر فى الدفع المتعلق بالاختصاص فى قانون المرافعات:

كانت القاعدة فى المادة ٢١٢ من قانون المرافعات قبل تعديلها ؛ أن الأحكام الصادرة باختصاص المحكمة بنظر الدعوى أو بعدم اختصاصها بها وإحالتها إلى محكمة أخرى، هى من الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع، ولا تنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها، ومن ثم لا تنقضى بالطعن المباشر فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى، ولا تنتهى بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة برمتها. أما بعد تعديل المادة ٢١٢ المشار إليها بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ فقد أصبح الطعن جائزاً فى الأحكام الصادرة بالاختصاص أو بعدم الاختصاص على استقلال دون انتظار للفصل فى موضوع الدعوى برمتها ؛ وذلك بكافة طرق الطعن من استئناف أو نقض.

وقد أخذ المشرع المصرى هذا التعديل من القانون الفرنسى الجديد الذى يمنع المحكمة من نظر الموضوع بعد الحكم باختصاصها بنظر الدعوى، ويوجب عليه وقفها حتى ينقضى ميعاد الاعتراض على الحكم الصادر فى مسألة الاختصاص أو حتى يتم الفصل فى الاعتراض من محكمة الاستئناف.(١)

٣٤٤- الطعن فى الحكم الصادر فى الدفع المتعلق بالاختصاص فى قانون الإجراءات الجنائية:

ثار التساؤل حول مدى قابلية الحكم الصادر فى الدفع بالاختصاص أو بعدم الاختصاص للطعن فيه. وقد أستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية فى تفسيرها للمادتين ٢٠، ٤١٦ من قانون الجنايات الفرنسى بعد تعديلها

١- د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع. المرجع السابق ص ٢١٤ .

بالمرسوم بقانون الصادر فى ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥على التفرقة بين الحكم بعدم الاختصاص والحكم بالاختصاص، فاعتبرت الأول قطعيا وأجازت الطعن فيه بالاستئناف أو النقض بمجرد صدوره.[١] واعتبرت الثانى غير قطعى ولم تجز الطعن فيه إلا بعد صدور الحكم الفاصل فى الموضوع ؛ وعلة هذه التفرقة أن الحكم بعدم الاختصاص يخرج الدعوى من سلطة القاضى فلا يكون محل لانتظار حكم فاصل فى الموضوع لأن مثل هذا الحكم لم يصدر فيكون متعينا إجازة الطعن فيه بمجرد صدوره، إذ أن حظر الطعن يعنى جعل الحكم غير قابل للطعن على الإطلاق واستحالة إصلاح الخطأ الذى ينطوى عليه.

أما الحكم بالاختصاص فيبقى الدعوى مطروحة على القضاء، ويستتبع حكما فاصلا فى موضوعها فيتعين انتظاره للطعن فى الحكمين معا. ولم يعد للقواعد السابقة محل الآن إذ أن قانون الإجراءات الفرنسى الجديد يجيز الطعن بالاستئناف والنقض فى جميع الأحكام السابقة على الفصل فى الموضوع (المادتان ٥٠٧، ٥٧٠) وإنما يفرق - بالنسبة لإجراءات الطعن - بين الأحكام التى تخرج الدعوى من سلطة القاضى وتلك التى تبقيها فى سلطته ؛ فالنوع الأول يخضع الطعن فيه للإجراءات العادية، والنوع الثانى يخضع الطعن فيه لإجراءات خاصة تتسم بالسرعة وتخضع لرقابة القضاء، وغنى عن البيان أن الحكم بعدم الاختصاص ينتمى إلى النوع الأول من الأحكام فى حين أن الحكم بالاختصاص ينتمى إلى النوع الثانى منها.

وتسود فى مصر قواعد مشابهة لما كانت تقرره محكمة النقض الفرنسية قبل صدور قانون الإجراءات الجديد.[٢] فالأحكام الصادرة بالاختصاص لا يجوز أصلا الطعن فيها بالاستئناف ؛ لأنها تصدر قبل الفصل فى موضوع الدعوى، ولكن يجوز استئناء الطعن فى هذه الأحكام إذا كان سند الطعن أنه

١- Cass Crim 12 juin 1952, s 1953. 1.79

٢- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى - المرجع السابق ص ٧٣ .

ليس للمحكمة ولاية الحكم فى الدعوى]المادة ٤٠٥ من قانون الإجراءات الجنائية .[ولا يجوز الطعن فى هذه الأحكام بالنقض لأنها سابقة على الفصل فى الموضوع]المادة ٣١ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض .[أما الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص فيجوز الطعن فيها بالاستئناف، بل بالنقض إذا انبنى عليها منع السير فى الدعوى.[١]

٣٤٥- طرح الموضوع فى الدعوى من جديد أمام المحكمة لا يناقض قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها:

تجدر الإشارة إلى أن إلغاء الحكم الصادر بعدم الاختصاص من محكمة الدرجة الثانية يستوجب إعادة الدعوى لمحكمة أول درجة حتى لا يحرم الخصوم من درجة من درجتى التقاضى، وحتى تستنفد محكمة أول درجة ولايتها، ذلك أن مبدأ التقاضى على درجتين هو فى الأصل من النظام العام ولا يجوز للخصم النزول عنه، كما لا يجوز اتفاق الخصوم على مخالفته. وتلك القاعدة الإجرائية واحدة سواء فى قانون المرافعات أو فى قانون الإجراءات الجنائية حيث نصت عليها المادة ٤١٩ إجراءات جنائية. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ من قانون الإجراءات الجنائية توجب على المحكمة الاستئنافية إذا ما أصدرت محكمة أول درجة حكمها بعدم الاختصاص، وحكمت هى بإلغائه وباختصاص المحكمة أن تعيد القضية لمحكمة أول درجة للحكم فى موضوعها ؛ فإن الحكم المطعون فيه إذ فصل فى موضوع الدعوى - بعد ما ألغى الحكم الابتدائى القاضى بعدم الاختصاص - ولم يعد القضية لمحكمة أول درجة يكون قد خالف القانون مما

١- نقض جنائى جلسة ٢ أبريل سنة ١٩٦٣ س ١٤ ق ٥٩ ص ٢٩٢، جلسة ٢٠ يونيه سنة ١٩٧١ س ٢٢ ق ١١٧ص ٤٧٨، ٢٦ مايو سنة ١٩٧٨ س ٢٨ ص ٧١٧، ١٥ نوفمبر سنة ١٩٨٣ س ٣٣ ص ٩٥٤ - كذلك نص المادة ٤٠٥ إجراءات فقرة ٢ والمادة ٣١ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ الخاص بالطعن بالنقض.

يوجب نقضه فى شقه الخاص بقضائه فى موضوع الدعوى، وإعادة القضية لمحكمة أول درجة للحكم فيها.[1]

وما سلف ذكره من ضوابط خاصة بإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لا يخل بقاعدة استنفاد المحكمة التى أصدرت الحكم لولايتها فيه، إذ أن فصل محكمة أول درجة فى مسألة الاختصاص تستنفد به المحكمة ولايتها فى هذه المسألة فقط، فلا يجوز لها إعادة نظرها مرة أخرى.

أما موضوع الدعوى الأصلى فإنها لم تكن قد استنفدت ولايتها فيه ؛ ومن ثم فإن إلغاء الحكم الصادر بعدم الاختصاص يوجب على محكمة الدرجة الثانية إعادة الدعوى لمحكمة أول درجة للفصل فيها دون أن يتناقض ذلك مع قاعدة حجية الأمر المقضى أو استنفاد القاضى لولايته بالنسبة للمسألة التى فصل فيها.[2]

١- نقض جنائى جلسة ١١ أبريل سنة ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٤٠٧ .

٢- د. فتحى والى: الوسيط فى قانون القضاء المدنى - المرجع السابق ص ٣٣١ ق ١٨٨ هامش ٣، د. فتحى المصرى: الدفع بقوة الشىء المقضى - رسالة الدكتوراه المشار إليها - طبعة نادى القضاة عام ١٩٩٥ ص ١٨ وما بعدها .

الفصل الثانى
الأحكام المتعلقة بقبول الدعوى

نتحدث فى هذا الفصل عن طبيعة الحكم المتعلق بقبول الدعوى فى قانون المرافعات وقانون الإجراءات، ثم نفرد مبحثا آخر لبيان آثاره المترتبة عليه. وذلك فى مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول: طبيعة الحكم المتعلق بالقبول.

المبحث الثانى: آثار الحكم الصادر فى الدفع المتعلق بقبول الدعوى.

المبحث الأول
طبيعة الحكم المتعلق بالقبول

٣٤٦ - تمهيد:

سبق أن تحدثنا عن الدفوع الشكلية أثناء استعراض تقسيمات الدفوع فى هذا البحث وقلنا أنها تلك الدفوع التى لا تنفذ إلى موضوع الدعوى وإنما تتعلق بإجراءاتها أو سير الخصومة الجنائية أمام المحكمة، أو صحة اتصال المحكمة بالدعوى، ويترتب عليها - فيما لو صحت - تحديد مصير الخصومة الجنائية. والحكم الذى يصدر فيها يتضمن قضاء بعدم القبول، والأحكام بقبول الدعوى - (recevabilité) سواء أقررت قبولها أو عدم قبولها - هى أحكام قطعية غير فاصلة فى الموضوع شأنها فى ذلك شأن الأحكام المتعلقة بالاختصاص.

ومثال هذه الأحكام الحكم الذى يقضى بعدم قبول الدعوى لعدم تقديم شكوى أو طلب أو عدم صدور إذن بتحريكها ؛ ومثال ذلك أيضا الحكم الذى يقرر قبول الدعوى ورفض دفع من الدفوع السابقة، ويجمع بين هذه الأحكام أن موضوعها البت فيما إذا كانت الإجراءات الجنائية جائزة فى الظروف التى تحيط بالدعوى أم غير جائزة، ذلك أن شروط قبول الدعوى هى شروط جواز اتخاذ الإجراءات التى تقوم بها ؛ ومن ثم كانت الأحكام السابقة تتناول

بالتنظيم إجراءات الدعوى مطبقة عليها قواعد إجرائية، ويستبعد من عداد هذه الأحكام كل حكم يعتمد على تطبيق قواعد موضوعية أو يفصل فى أى دفع من الدفوع الموضوعية كالأحكام التى تصدر بعدم القبول تأسيسا على صغر سن المتهم إلى ما دون السابعة، إذ أن هذا الحكم يفصل فى الموضوع، فهو فى حقيقته حكم بالبراءة استنادا إلى توافر مانع من المسئولية، ولا فرق بينه وبين حكم البراءة للجنون أو للإكراه، وحالة الضرورة، إذ أن كل هذه الأحكام تفصل فى موضوع الدعوى مطبقة عليه قواعد موضوعية، وتحوز قوة إنهاء الدعوى باعتبارها فاصلة فى الموضوع إذا توافرت لذلك سائر الشروط التى يحددها القانون.[1] ولكى يكون تحديد طبيعة الحكم المتعلق بقبول الدعوى دقيقا ؛ فإننا سوف نعرض أولا لطبيعته فى قانون المرافعات ثم نبين هذه الطبيعة فى قانون الإجراءات الجنائية.

٣٤٧- أولا: طبيعة الحكم المتعلق بقبول الدعوى فى قانون المرافعات:

نص المشرع على الدفع بعدم القبول فى المادة ١١٥ من قانون المرافعات، وأجاز إبداءه فى أى حالة تكون عليها الدعوى شفاهة أو كتابة، فى حضور الخصم الآخر أو غيبته. ويجوز أن يبدى قبل مواجهة الموضوع فتحكم المحكمة فيه على استقلال، أو تأمر المحكمة بضمه إلى الموضوع، والمحكمة - فى العادة - لا تأمر بضم الدفع إلى الموضوع إلا إذا كان الحكم فى الدفع يستوجب البحث فى الموضوع. ويراعى أن الحكم فى موضوع الدعوى دون التعرض للدفع يعد من جانب المحكمة قضاء ضمنيا برفض الدفع بعدم القبول. وهذا يعكس ما هو عليه الحال بالنسبة لمسائل الاختصاص، فعلى الرغم من أن الحكم فى موضوع الدعوى - دون التعرض لمسألة الاختصاص - يعد من جانب المحكمة قضاء ضمنيا برفض الدفع بعدم الاختصاص، فإن المشرع

١- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى - المرجع السابق ص ٧٥ .

استلزم - رعاية لمسائل الاختصاص - أن تصدر المحكمة حكمها فيه، فالمادة ١٠٨ تلزم المحكمة بأن تبين ما قضت به فى الدفع الشكلى وفى موضوع الدعوى كلا على حده.[١]

ومن ذلك يتضح أن الحكم الصادر فى الدفوع بعدم القبول هو حكم غير فاصل فى موضوع الدعوى، وذلك راجع إلى أنه يتعلق بعقبات إجرائية فى الدعوى، وقد نص المشرع على الدفع بهذه التسمية صراحة فى نص المادة ١١٥ مرافعات المشار إليها ؛ ومن ثم كان الحكم الصادر فى شأنه متصف بذات التسمية أيضا "حكم بعدم القبول". وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الحكم الصادر فى الدفع بعدم القبول ليس فاصلا فى الموضوع ولا ينفذ إلى موضوع الدعوى، ويرجع ذلك إلى أن الدفع بعدم القبول ذاته هو دفع قلق، فتارة يعتبر دفعا موضوعيا يسرى عليه ما يسرى على الدفع الموضوعى من قواعد، اعتبارا بأن الدعوى ليست شيئا منفصلا عن الحق ؛ بل هى جزء لا يتجزأ منه لأنها وسيلة المطالبة بهذا الحق، ومن ثم فإن كل دفع يتجه إلى نفى عنصر منها هو دفع موضوعى والحكم الصادر فيه هو حكم فى موضوع الدعوى، وتارة أخرى يعتبر دفعا من نوع خاص يوجه إلى الوسيلة التى قررها القانون لحماية الحق. وترتيبا على ذلك عرف الدفع بعدم القبول بأنه الدفع الذى ينكر الخصم فيه صفة خصمه أو ينكر وجود دعوى لديه لسبق الفصل فى موضوعها أو لسبق الصلح أو لرفعها فى غير الميعاد. واعتبر أن الحكم الصادر فى الدفع بهذه الحالات حكما لا يمس موضوع الدعوى لا من قريب ولا من بعيد. ورتب على ذلك آثارا سوف نعرض لها عند التحدث عن آثار الحكم الصادر فى الدفع.[٢]

١- د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع المرجع السابق ص ٩٠٠ وما بعدها.
٢- د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع - المرجع السابق ص ٩٠٥، ص ٩٠٧ .

٣٤٨- ثانيا: طبيعة الحكم المتعلق بقبول الدعوى فى قانون الإجراءات الجنائية:

لم يرد نص صريح فى قانون الإجراءات الجنائية مثلما هو الحال فى قانون المرافعات عن الدفع بعدم القبول، لكن العمل جرى على أن الحكم الصادر بعدم القبول راجع إلى تحقق عقبة إجرائية دائمة أو مؤقتة فى الدعوى الجنائية ؛ ومن ثم ارتبط عدم القبول فى الإجراءات الجنائية بفكرة الجزاء الإجرائى المترتب على تحقق هذه العقبة الإجرائية، وعدم القبول لا يعد جزاء إجرائيا منصبا على إجراء معين ؛ إذ ينصرف إلى رفض الفصل فى موضوع طلب معين، ولذلك فهو لا يتناول الإجراء بقدر ما يتناول الرابطة الإجرائية ككل أو مرحلة من مراحلها. فالمحكمة لكى تفصل فى موضوع الطلبات المعروضة عليها من الخصوم لابد وأن تتحقق من الشروط الشكلية التى يتطلبها المشرع لإمكان اتصال المحكمة بموضوع الدعوى وبالتالى لإمكان الفصل فيه، كما يتعين عليها أيضا التحقق من الشروط الموضوعية اللازمة لذلك الفصل. فعدم القبول يجب أن يفهم على أنه رفض للحكم فى الموضوع لعدم توافر الشروط الشكلية أو الموضوعية التى تسمح للمحكمة بالقضاء فى موضوع الدعوى. وهو من أجل ذلك قد يقترن بجزاءات إجرائية أخرى كالبطلان أو السقوط أو الحرمان بحيث يكون الحكم بعدم القبول بمناسبة توافر عيب من العيوب المتعلقة ببعض الإجراءات أو كلها المستوجبة لجزاء من هذه الجزاءات.[1] إلا أن عدم القبول فى هذه الحالة لا ينصرف إلى الإجراء المشوب بعيب مستوجب

١- د. مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية ص ١٠٠٣ وما بعدها. ومع ذلك يرى الدكتور أحمد فتحى سرور أن عدم القبول هو جزاء إجرائى يرد على الدعوى الجنائية إذا لم تستوف أحد شروط تحريكها واستعمالها فى بداية كل مرحلة من مراحل الخصومة الجنائية. الوسيط فى قانون الإجراءات المرجع السابق طبعة ١٩٩٣ ص ٣٢٠ وما بعدها. وعلى أى الأحوال فأيا كان الرأى فى كونه حكما برفض الدعوى أو جزاءا إجرائيا فهو فى حقيقته حكم يتضمن تطبيق الجزاء المتمثل فى عدم القبول عند توافر عيب إجرائى أو شكلى فى مراحل الخصومة الجنائية.

البطلان أو السقوط أو الحرمان وإنما ينصرف إلى الدفع أو الدعوى التى بوشر الإجراء المعيب بمناسبتها والذى كانت مباشرته شرطا شكليا لاتصال المحكمة بموضوع الدعوى. وعليه فالتقدم بالشكوى بعد فوات الميعاد المحدد قانونا وهو ثلاثة أشهر يترتب عليه عدم قبول الدعوى لسقوط الحق فى رفعها بفوات الميعاد المحدد للتقدم بالشكوى. وكذلك تخلف شرط الصفة المتمثلة فيه الأهلية الإجرائية يجعل الإجراء المباشر ممن ليست له الصفة المطلوبة باطلا ؛ ومع ذلك فالمحكمة لا تحكم ببطلان الإجراء وإنما تحكم بعدم قبول الدفع أو الدعوى.[1]

ومن ذلك نخلص إلى أن عدم القبول هو حكم يفترض توافر إجراء مشوب بعيب من العيوب المستوجبة لجزاء إجرائى متمثل فى البطلان أو السقوط أو الحرمان. وذلك فى حالة صحة الدفع بهذا العيب.

٣٤٩- تعلق الحكم بعدم القبول بالنظام العام:

ولما كان عدم القبول يفترض عدم توافر الشروط الشكلية والموضوعية لاتصال المحكمة بالدعوى، فمعنى ذلك أنه يفترض عدم توافر الرابطة الإجرائية الصحيحة ؛ ومن ثم فهو يتعلق بالنظام العام لاتصاله بشرط الإشراف القضائى على الإجراءات، وبناء على ذلك فيجب أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى. ومع ذلك فقد اعتبرت محكمة النقض عدم القبول المترتب على "سقوط حق المدعى المدنى فى الالتجاء إلى الطريق الجنائى لا يتعلق بالنظام العام، وعلة ذلك أن رفع الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائى يمس مصلحة الخصوم فى رفع الدعوى المدنية وهو مالا يتعلق بالنظام العام، ولا يمس اختصاص القضاء الجنائى لأن هناك اختلافا بين شروط قبول هذه الدعوى أمام القضاء الجنائى وبين شروط

١- د. مأمون سلامة: المرجع السابق ص ١٠٠٤ .

اختصاص هذا القضاء بها".[1] ويلاحظ أيضا أن القضاء بعدم القبول لايحول دون تجديد الدعوى على نحو يتلافى العيوب التى شابته من قبل. مثال ذلك أن الحكم بعدم قبول الدعوى الجنائية لرفعها من وكيل نيابة على موظف عام لجريمة ارتكبها أثناء تأدية وظيفته لا يحول دون تجديد رفع هذه الدعوى بواسطة رئيس النيابة.

٣٥٠- الصلة بين عدم القبول وعدم الجواز :

ويلاحظ أن عدم القبول يشمل بين طياته جميع الفروض التى يتحدث فيها قضاء النقض عن عدم الجواز، إذ أن هذه التفرقة بين عدم القبول وعدم الجواز وإن كانت موجودة فى أحكام محكمة النقض، فهى تفرقة لا تتعدى نطاق مرحلة عدم القبول. وباستقراء قضاء محكمة النقض نجد أنها تستعمل تعبير عدم الجواز عندما يكون عدم القبول مستندا إلى عدم توافر أحد الشروط الإجرائية للحكم محل الطعن وهى الأحكام التى يجوز فيها الطعن. والأحكام غير المنهية للخصومة.[2] والأحكام التى لا يجوز استئنافها قانونا.[3] والأحكام الصادرة فى آخر درجة.[4] أما إذا كان العيب الذى يشوب الطعن متعلقا بشخص الطاعن كالصفة أو فى إجراءات الطعن، فإن محكمة النقض تستعمل تعبير (عدم القبول).

ومن تطبيقات محكمة النقض فى عدم الجواز قضاؤها فى أحد الأحكام بأنه "لما كانت الواقعة التى حركت سلطة الاتهام الدعوى لمحاكمة الطاعن عنها

١- د. فتحى سرور "الوسيط فى الإجراءات الجنائية" ط ١٩٩٣ ص ٣٢٢ - نقض جلسة ٢ نوفمبر ١٩٦٥ س ١٦ ق ١٥٢ ص ٧٩٦ - د. مأمون سلامة: الإجراءات المرجع السابق ص ١٠٠٥ .
٢- نقض جنائى جلسة ١٧ أبريل ١٩٦٧ س١٨ ق١٠٢ ص٥١٢ - ١٨ نوفمبر ١٩٦٣ س ١٤ ق ١٤٦ ص ٨٣١ .
٣- نقض جنائى جلسة ٢٣ أبريل ١٩٦٣ س ١٤ ق ٧١ ص ٣٥٤ .
٤- نقض جنائى جلسة ١٧ أبريل ١٩٦٧ س ١٨ ق ١٠١ ص ٥٧١ .

فى الجنحة - موضوع الطعن الماثل سبق أن طرحت على المحكمة التى خولها القانون سلطة الفصل فيها فى الجنحة - وأصدرت حكمها نهائيا ببراءته منها، فإن المحكمة إذ عادت إلى نظر الدعوى بوصف آخر للفعل وفصلت فى موضوعها من جديد بالنسبة للطاعن بعد أن زالت ولايتها بإصدار الحكم الأول يكون حكمها المطعون فيه قد اخطأ فى القانون، خطأ يؤذن لهذه المحكمة عملا بنص المادة ٣٩ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض - أن تصحح الحكم على مقتضى القانون بالقضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها نهائيا فى الجنحة رقم......".[1]

كما قضت محكمة النقض كذلك فى شأن استعمالها لتعبير عدم الجواز حينما ينصب الأمر على طعن فى حكم لا ينهى الخصومة فقالت "لما كانت المادة ٣١ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر به القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ لا تجيز الطعن بطريق النقض فى الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع، إلا إذا انبنى عليها منع السير فى الدعوى وكان الحكم المطعون فيه فيما قضى به فى الدعوى المدينة - وهو فى تكييفه الحق ووصفه الصحيح حكم بعدم اختصاص القضاء الجنائى والإحالة - ويعد منهيا للخصومة فى تلك الدعوى أو مانعا من السير فيها إذا ما اتصلت بالمحكمة المدينة اتصالا صحيحا، ذلك بأنه لم يفصل فى الدعوى المدنية بل قضى - إعمالا لصحيح حكم القانون - بعدم اختصاص المحكمة الجنائية بالفصل فيها لأن الفعل المسند إلى الطاعنة لا تتوافر فيه أركان الجريمة المسندة إليها، وتخلى بذلك عنها للمحكمة المدنية صاحبة الولاية العامة فى المنازعات المدينة - لما كان ما تقدم - فإنه يتعين التقرير بعدم جواز الطعن".[2]

١- نقض جنائى جلسة ٢٢ ديسمبر ١٩٩٣ ط رقم ١٩١٧٢ لسنة ٥٩ ق - س ٤٤ ق ١٨٧ ص ١٢٢٦ .
٢- نقض جنائى جلسة ٦ أبريل ١٩٨٨ ط رقم ٥٩ لسنة ٥٨ ق - س ٣٩ ق ٨٣ ص ٥٥١ .

وإذا كان الحكم بعدم القبول يتعلق بعقبة إجرائية دائمة أو مؤقتة يتعين على المحكمة بحثها توطئة لإصدار حكم فى شكل الطعن إذا كان محل طعن، إلا أن أحكام محكمة النقض قد تواترت على أن بحث جواز الطعن من عدمه يسبق الدخول فى بحث الشكل. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان الطاعن الثانى وإن قدم أسباب الطعن فى الميعاد، بيد أنه لم يقرر بالطعن بالنقض، مما يجعل طعنه فى الأصل غير مقبول شكلا.

إلا أنه لما كان من المقرر أن النظر فى شكل الطعن إنما يكون بعد الفصل فى جوازه، وكان الثابت أن هذا الطاعن لم يكن طرفا فى الحكم للطعون فيه ؛ ومن ثم لم يلزمه هذا الحكم بشىء، فإنه يتعين القضاء بعدم جواز الطعن المقدم منه".[1] ومن ثم نجد أن قضاء النقض قد قدم عدم القبول المسمى بعدم الجواز والذى يقضى به عند عدم توافر أحد شروط الحكم محل الطعن على الأوضاع الأخرى لجزاء عدم القبول.[2]

والخلاصة أن الحكم بعدم القبول له طبيعة تتسم بكونه حكما قضائيا مقترنا بجزاء إجرائى يطبق عند توافر عيب لحق إجراءات الدعوى، وتمسك به صاحب الشأن فى صورة دفع من الدفوع الشكلية وتبين صحته فرتب البطلان أو السقوط، وإن هذا الحكم لا ينفذ إلى موضوع الدعوى. وهو جزاء وارد ومطبق سواء فى قانون المرافعات أو فى قانون الإجراءات الجنائية، وسواء ورد النص على الدفع به صراحة كما هو الحال فى قانون المرافعات أو لم يرد كما هو واضح فى قانون الإجراءات.

١- نقض جنائى جلسة ١٩ يناير ١٩٨٨ ط رقم ٤٢٥٦ لسنة ٥٧ ق - س ٣٩ ق ٢١ ص ١٩٠ .

٢- يتعين التفرقة بين عدم القبول كحكم يفترض توافر إجراء مشوب بعيب من العيوب المستوجبة لجزاء إجرائى، وعدم القبول المادى الذى يتمثل فى نهى القانون عن تلقى الطلبات من الناحية المادية. مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٣٦ من قانون النقض من أن قلم الكتاب لا يقبل التقرير بالطعن المقدم من الطاعن من غير النيابة العامة والمحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية إذا لم يصحب بما يدل على إيداعه الكفالة، وفى غير الحالات التى يجيز فيها القانون عدم القبول المادى لا يجوز للموظف الذى ناط به القانون تسلم الطلبات أن يرفض تسلمها بدعوى مخالفتها لان تقدير هذه المخالفة أمر يستقل به القاضى وحده دون غيره، فضلا عما ينطوى عليه عدم القبول للطلبات فى غير الحالات التى نص عليها القانون من مصادرة لحق صاحبها فى إبداء دفاعه وطرح أسانيده القانونية.

المبحث الثانى
آثار الحكم الصادر فى الدفع المتعلق بالقبول

٣٥١ - تمهيد:

قدمنا أن الحكم الصادر فى الدفوع المتعلقة بالقبول يتسم بكونه حكما قضائيا يطبق جزاء إجرائيا ؛ إذا ما لحق بإجراءات الدعوى عيب ما من العيوب السابق بيانها - وعلى ذلك - فإن هذه الأحكام تتناول بالبحث عقبات تعترض إجراءات الدعوى. وهى لا تنفذ فى هذا البحث إلى موضوع الدعوى ذاته. ويترتب على ذلك آثار، سوف نتعرض لها فى قانون المرافعات أولا ثم فى قانون الإجراءات الجنائية لمعرفة ما إن كان هناك فرق فى تلك الآثار وما إن كانت هذه الفروق فى الإجراءات الجنائية، بحيث تشكل نقصا يمكن تداركه بالرجوع لقانون المرافعات بحسبانه الأصل العام الذى يرجع إليه لسد النقص الوارد فى الإجراءات الجنائية.

٣٥٢- آثار الحكم المتعلق بالقبول فى قانون المرافعات:

للحكم المتعلق بالقبول آثار متعددة من حيث الفصل فى الدفع والطعن فيه وحجيته نتناولها فيما يلى:

أولا: القاعدة فى قانون المرافعات أن جميع الأحكام الصادرة قبل الفصل فى موضوع الدعوى وتتضمن قضاء بقبول الدعوى أو قبول الطلب العارض أو قبول التدخل أو قبول الاستئناف ؛ لا تقبل الطعن فيها فور صدورها لأنه لاتنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها، أما الحكم بعدم قبول الدعوى برمتها

فهو يقبل الطعن فورا، كالحكم بعدم قبول الاستئناف شكلا لرفعه بعد الميعاد ولسقوط الحق فيه مثلا، بعكس الحكم الصادر بعدم قبول الطلب العارض أو عدم قبول التدخل، فلا يطعن فيه إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة برمتها (مادة ٢١٢ مرافعات) ، وإذا قضت المحكمة بعدم قبول بعض الطلبات وقبول الطلبات الأخرى ؛ فإن هذا الحكم لا يقبل الطعن إلا بعد صدور الحكم فى كل الخصومة.

وقد ذهب جانب من الفقه[١] إلى أن الدفع بعدم القبول ينحصر فى الأحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر سلطته فى استعمال الدعوى لسبق الفصل فيها، أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك، ورتب على ذلك أن الدفع بهذه المثابة يعد دفعا أوليا أو ابتدائيا، والحكم الصادر فيه لا يمس موضوع الدعوى، فإذا استؤنف الحكم انحصر النزاع فى الدفع فلا تنظر محكمة الدرجة الثانية إلا ما كان مطروحا على محكمة أول درجة فى شأنه. لذلك تكون مطالبة محكمة الدرجة الثانية بالنظر فى الموضوع من قبيل إبداء طلبات جديدة فى الاستئناف لا يسمح بها طبقا للمادة ٢٣٥ من قانون المرافعات، لما فى ذلك من تفويت درجة من درجتى التقاضى. ورتب على ذلك نتيجة أنه إذا ألغت محكمة الدرجة الثانية الحكم تعين عليها أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فى موضوعها.

ويلاحظ أن الاتجاه السابق لا يختلف عن القواعد العامة السائدة فى قانون المرافعات ويضع له ضوابط أكثر تحديدا حتى لا تختلط الأمور أثناء التطبيق.

ثانيا: يخضع هذا الحكم من حيث الحجية للقواعد السائدة فى قانون المرافعات ؛ إذ أنه يحوز الحجية أمام الجهة التى أصدرته لأنها بقضائها هذا تكون قد استنفدت الولاية فيما قضت. وتظل هذه الحجية قائمة إلى أن يلغى الحكم من محكمة الطعن، فإذا صار نهائيا باستنفاد طرق الطعن فيه أو فوات

١- د. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع فى قانون المرافعات. الموضع السابق ص ٩٠٥ وما بعدها.

مواعيده صار حائزا لقوة الأمر المقضى، وينهى النزاع فيما قضى فيه ؛ بحيث لا يجوز معاودة النظر فيه بطريق الدعوى أو الدفع.

٣٥٣- آثار الحكم الصادر فى الدفع فى قانون الإجراءات الجنائية:

تسود فى قانون الإجراءات الجنائية قواعد مشابهة لما سلف بيانه فى قانون المرافعات فى شأن آثار الحكم الصادر فى الدفوع المتعلقة بالقبول، ونستعرضها على النحو التالى:

أولا: حجية الحكم الصادر فى الدفع:

يجمع بين الأحكام المتعلقة بقبول الدعوى إنها تتناول بالبحث عقبات تعترض إجراءات الدعوى، وهى تنقسم إلى قسمين:

أ) قسم يصدر فى شأن عقبات دائمة

ب) قسم يصدر فى شأن عقبات عارضة.

وعلى أساس هذا التقسيم نحدد ما لهذه الأحكام من حجية لدى القضاء الذى أصدرها، إذا كانت العقبة الإجرائية دائمة كسبق الفصل فى الدعوى بحكم حائز لقوة الشىء المحكوم فيه ؛ فإن للحكم الفاصل فى هذه العقبة حجيته، سواء اعترف بوجودها أم أنكره ؛ فتتقيد به المحكمة التى أصدرته، ويمتنع عليها أن ترجع عنه وتكون بذلك قد استنفدت ولايتها بالقضاء فيه ؛ ولامحل للعودة إليه إلا إذا الغى من محكمة الطعن. أما إذا كانت العقبة الإجرائية عارضة كعدم تقديم شكوى أو طلب أو عدم صدور إذن أو بطلان التكليف بالحضور ؛ فإن للحكم حجية موقوتة معلقة على بقاء الأوضاع التى نشأت بها العقبة، فإن زالت فقد الحكم حجيته، وكان للقضاء أن يرجع عما قضى به، فإذا حكم القاضى بعدم قبول الدعوى لأنه لم تقدم شكوى أو طلب، أو لم يصدر إذن ممن يخوله القانون ذلك، أو لأن ورقة التكليف بالحضور

باطلة، جاز أن تطرح عليه الدعوى ثانية إذا ما قدمت الشكوى أو قدم طلب أو صدر الإذن أو صحح التكليف بالحضور فزالت بذلك العقبة التى استند إليها الحكم بعدم القبول.[1]

وإذا تساءلنا عن قوة هذه الأحكام فى إنهاء الدعوى الجنائية؟ وجدنا أنها لاتحوز فى ذاتها هذه القوة ؛ فإذا كان الحكم بعدم قبول الدعوى مستندا إلى سبق الفصل فيها، أى كان مستندا إلى عقبة دائمة ؛ فإنه لا يعدو أن يكون مقررا انتهاء الدعوى الجنائية بناء على سبب معين يقرر له القانون هذه القوة، ويعنى ذلك أنه إذا كانت الدعوى قد انقضت فمرجع ذلك إلى سبب غير الحكم بعدم قبولها. أما إذا كان الحكم مستندا إلى عقبة عارضة ؛ فإن اتخاذ إجراءات الدعوى جائز إذا ما زالت هذه العقبة، ويعنى ذلك أن الدعوى لم تنقض بعد. وغنى عن البيان أنه إذا رفض الحكم الدفع بعدم قبول الدعوى ؛ فإن أثر ذلك أن يمضى القاضى إلى نظر موضوعها. ويعنى ذلك أن الدعوى لاتزال قائمة ولم يصدر حكم فى موضوعها بعد، وإذا صدر فهو فاصل فى الموضوع ذاته.[2]

ثانيا: الطعن فى الحكم الصادر فى الدفع:

يخضع الطعن فى الأحكام الصادرة فى الدفوع بعدم القبول لذات القواعد التى يخضع لها الطعن فى الأحكام المتعلقة بالاختصاص. فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية تطبيقا للمادتين ٢٠٠، ٤١٦ من قانون تحقيق الجنايات المعدلتين بالمرسوم بقانون الصادر فى ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥ إلى إجازة الطعن بالاستئناف أو النقض فى الأحكام التى تقضى بعدم قبول الدعوى، وذلك بمجرد صدورها باعتبارها منهية للخصومة.[3] ولكن المحكمة خرجت فى

١- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى فى إنهاء الدعوى الجنائية ص ٧٦ .
٢- د. نجيب حسنى: المرجع السابق ص ٧٥ وما بعدها.
٣- Cass 4 dec. 1952 Bull no 294 p. 468 - 9/11/1954 Bull no 320 p553.

بعض أحكامها على هذا الأصل فأجازت الطعن فى الحكم الذى يرفض الدفع بعدم قبول الدعوى للحصانة البرلمانية التى يتمتع بها المتهم معللة قضاءها بأن انتهاك الحكم هذه الحصانة يصم جميع إجراءات الدعوى بالبطلان المتعلق بالنظام العام، فتعد إباحة الطعن الفورى فى الحكم ضرورة لا مفر منها لإعمال القواعد الدستورية التى يجب أن تسود مباشرة الإجراءات.[1]

وقد أباح قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى الجديد الطعن بالاستئناف أو النقض فى كل هذه الأحكام ؛ وإن كان قد أقر تفرقة من حيث إجراءات الطعن بين الأحكام التى تخرج النزاع من سلطة القاضى وهى التى تقضى بعدم قبول الدعوى، والأحكام التى تبقيه مطروحا أمامه، وهى التى تقضى برفض الدفع بعدم القبول.

أما فى مصر فيبدو للوهلة الأولى أن الاستئناف غير جائز ضد هذه الأحكام جميعا قبل صدور الحكم الفاصل فى الموضوع، سواء قضت بقبول الدعوى أو عدم قبولها، إذ يصدق عليها أنها صادرة فى مسائل فرعية (مادة ٤٠٥ من قانون الإجراءات الجنائية) . وهذا القول يجوز التسليم به إذا قضى الحكم برفض الدفع وقبول الدعوى ؛ إذ يمكن انتظار الحكم الفاصل فى الموضوع والطعن فيه بالاستئناف الذى ينصرف أثره إلى الحكم بالقبول، ولكن إذا قضى الحكم بعدم القبول ؛ فإن حظر استئنافه يعنى أنه لا وسيلة لإصلاح ما ينطوى عليه من خطأ، إذ لم يصدر حكم فى الموضوع باعتبار أن الحكم بعدم القبول قد اخرج الدعوى من حوزة القاضى الذى أصدره.

ويرى جانب من الفقه[2] - ونحن نؤيده - قياس الحكم بعدم القبول على الحكم بعدم الاختصاص وإجازة استئنافه. لاسيما وأن الطعن بالنقض جائز

١- Cass 24 nov. 1949 S 1951 109 note Hagueney, Cass 10-12-1953 D - 1954 juris , 105.

٢- د. نجيب حسنى: قوة الحكم المرجع السابق ص ٧٨، أ. على زكى العرابى: المبادئ الأساسية فى الإجراءات الجنائية ج ٢ بند ٢٥٣ ص ١٢٦ .

فى الأحكام التى تقضى بعدم قبول الدعوى دون تلك التى تقضى بقبولها، لأن الأولى وحدها هى التى ينبنى عليها منع السير فى الدعوى (مادة ٣١ من القانون رقم ٥٧ سنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض)، فكيف يجيز القانون الطعن بالنقض فى حكم غير جائز الطعن فيه بالاستئناف!

ثالثا: إعادة طرح موضوع الدعوى أمام المحكمة لا يتناقض مع قاعدة استنفاد الولاية:

سبق أن ذكرنا أن الأحكام المتعلقة بالقبول تتناول بالبحث عقبات تعترض إجراءات الدعوى ومن ثم فهى غير فاصلة فى الموضوع. وأنها قد تصدر فى شأن عقبات عارضة كعدم تقديم شكوى أو إذن أو طلب، وإذا ما زالت هذه العقبة المؤقتة بتقديم شكوى زالت حجية الحكم أمام القضاء الذى أصدره، ويستطيع أن يتعرض لموضوع الدعوى من جديد. وإذا طعن فى الحكم الصادر فى الدفع الذى قضى بعدم القبول وألغى أعيد نظر الدعوى أمام ذات المحكمة حتى لا يحرم المتهم من درجة من درجتى التقاضى، ولا يتناقض ذلك مع قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها فى الفصل فى المسألة التى فصلت فيها خاصة بالدفع المشار إليه، على ما سلف بيانه فى الأحكام المتعلقة بالاختصاص.

كذلك الأمر إذا صدر الحكم فى شأن عقبة دائمة كعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها بحكم حائز لقوة الشىء المحكوم فيه، وطعن فى هذا الحكم الأخير وألغى ؛ فإن محكمة الطعن تعيد الدعوى من جديد إلى المحكمة التى أصدرت ذلك الحكم، ولا يجوز لهذه الأخيرة أن تمتنع عن نظرها محتجة بأنه قد سبق لها الفصل فيها، ذلك أن الحكم بعدم القبول لم يكن فاصلا فى الموضوع، وهو قد زال بإلغائه فلا يجوز الاحتجاج به.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا صدر الحكم فى مسألة غير فاصلة فى الموضوع ؛ فإنه لا يحوز حجية الشىء المقضى به، ومن ذلك الأحكام

التى تخرج الدعوى من حوزة المحكمة بغير أن تفصل فى النزاع، كالحكم الصادر بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها"[1]

على ألا يخل ذلك بما هو مقرر بالمادة ٣٣٤ إجراءات من أن حضور المتهم فى الجلسة بنفسه أو بوكيل عنه يصحح البطلان الوارد بأوراق التكليف بالحضور أو بحق المحكمة فى تصحيح الإجراء المعيب من تلقاء نفسها عملا بالمادة ٣٣٥ والقضاء فى الموضوع، وهو ما ينطبق بدوره على محكمة الطعن ويعطيها الحق فى تصحيح الإجراء الباطل والقضاء فى الموضوع دون إعادة الدعوى من جديد أمام محكمة أول درجة. إلا أن الدوائر المدنية بمحكمة النقض المصرية قد خالفت هذا النظر وتواترت أحكامها على أن الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها يعد حكما فى موضوع الدعوى ؛ ومن ثم لا تجوز إعادته إلى محكمة أول درجة إذا ما ألغى من محكمة الطعن، وتقضى محكمة الدرجة الثانية فى الموضوع مباشرة.[2]

الخلاصة: أن الأحكام الغير فاصلة فى الموضوع ؛ وإن كانت تتشابه فى قانونى المرافعات والإجراءات الجنائية إلا أن هناك خلافا فيما يتعلق بالأحكام التى لا تنفذ إلى موضوع الدعوى وتفصل فى عقبة دائمة، بينما اعتبرتها الدوائر الجنائية أحكاما غير فاصلة فى الموضوع، فإن قضاء محكمة النقض فى الدوائر المدنية قد اعتبرتها فاصلة فى الموضوع، بما لا يجوز معه إعادة طرح الموضوع مرة ثانية أمام محكمة الدرجة الأولى التى استنفدت ولايتها فيه، فتتعرض محكمة الدرجة الثانية للموضوع إذا ما ألغت الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى فى شأن العقبة الإجرائية الدائمة.

١- نقض جنائى جلسة ١١ يونية ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٧٣٢، نقض جنائى جلسة ٤ يوليو ١٩٩٣ الطعن رقم ١٩٢٥٧ لسنة ٦٠ ق منشور بالمجلة الفصلية للقضاة السنة ٢٧ العدد الأول ص ٩٠٢ سالف الإشارة إليه بالبند ٧٤ من البحث.

٢- نقض مدنى جلسة ٣ مايو ١٩٥١ س ٣ ص ٧٧٥ .

الفصل الثالث
الحكم الفاصل فى الموضوع

٣٥٤- تمهيد وتقسيم:

قدمنا فى الفصلين السابقين أن الأحكام التى تصدر فى الدفوع الشكلية والمتعلقة بالاختصاص أو القبول هى أحكام قطعية غير فاصلة فى موضوع الدعوى ؛ وأنها تحوز الحجية أمام القضاء الذى أصدرها، ولكنها حجية مؤقتة تزول إذا ما ألغى الحكم فى الطعن، فضلا عن أنها لا تنفذ إلى موضوع الدعوى ذاته، فلا تحوز القوة فى إنهائها. أما الأحكام التى تصدر من المحكمة ردا على الطلبات أو الدفوع الموضوعية فهى تنقسم إلى قسمين:

أ) أحكام غير فاصلة فى الموضوع وخاصة بتحقيق عناصر الدعوى، وهى تلك التى تصدر ردا على أحد الطلبات الهامة.

ب) أحكام فاصلة فى الموضوع، وهى تلك التى تصدر ردا على أحد الدفوع الموضوعية.

وسوف نتعرض لكل منها من حيث طبيعته والآثار المترتبة عليه فى مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول: طبيعة الأحكام الخاصة بتحقيق عناصر الدعوى والآثار المترتبة عليها.

المبحث الثانى: طبيعة الأحكام الفاصلة فى الموضوع والآثار المترتبة عليها.

المبحث الأول
طبيعة الأحكام الخاصة بتحقيق عناصر الدعوى
والآثار المترتبة عليها.

٣٥٥- طبيعة الأحكام المتعلقة بتحقيق عناصر الدعوى:

الأحكام الخاصة بتحقيق الدعوى هى تلك التى تصدر من المحكمة ردا على أحد الطلبات المقدمة من الخصوم، فعلى الرغم من العناية التى يبذلها - فى العادة - أطراف الخصومة لتوضيح وجهات نظرهم، وعلى الرغم من أن الدعوى الجنائية تمر - فى العادة - بمرحلة التحقيق الابتدائى قبل أن تطرح على القضاء ؛ فإن أحد الخصوم قد يطلب من المحكمة اتخاذ إجراء معين، ويتبين للمحكمة أن موضوع الدعوى به غموض يستوجب تحقيقا فتجيبه إلى طلبه وتحكم بالإجراء الملائم بذلك التحقيق، مثال ذلك الحكم بانتداب خبير لإثبات واقعة يستند إليها المتهم كسبب للإباحة أو امتناع المسئولية، والحكم القاضى بالانتقال إلى محل الواقعة لمعاينته والحكم بضم دفع إلى الموضوع للفصل فيهما معا، وكذلك الحكم بإيقاف النظر فى الدعوى ريثما يفصل قضاء آخر فى مسألة فرعية، ويتضح بذلك أنه يجمع بين هذه الأحكام أنها أحكام قضائية وأن موضوعها إجراء مؤقت، وهدفها مجرد توضيح عناصر الدعوى وجعلها صالحة كى يصدر فيها الحكم الفاصل فى الموضوع.[١]

١- د. محمود مصطفى: الإجراءات ص ٤٨٥ ق ٣٥٢، عمر السعيد رمضان: الإجراءات ص ٤٨٧ ق ٢٩١، د. رمزى سيف: المرافعات المرجع السابق ص ٦٩٣ بند ٥٧٢ .

وقد حرص الشارع الفرنسى على التمييز بين نوعين من هذه الأحكام: أحكام تحضيرية وأحكام تمهيدية، وحددت المادتان ٤٥١، ٤٥٢ من قانون المرافعات الفرنسى معيار هذا التمييز واستخلصتا أهم النتائج المترتبة عليه ؛ فالحكم التمهيدى يميزه أنه يكشف عن رأى المحكمة فى موضوع النزاع، أى يحمل على الاعتقاد بأنها سوف تفصل فيه على نحو معين. أما الحكم التحضيرى فلا يفصح عن اتجاه معين للمحكمة، وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن "التفرقة بين الأحكام التحضيرية والأحكام التمهيدية لا تعتمد على نوع إجراء التحقيق الذى يأمر به قدر ما تعتمد على الظروف التى أحاطت بصدور الحكم والغرض الذى يستهدفه القاضى به.[١] وهذه التفرقة بين الأحكام التمهيدية والتحضيرية قد تضاءلت أهميتها ؛ فلم يعترف الفقه والقضاء فى مصر بأهميتها، لا سيما فى الآثار المترتبة عليها. وخاصة بالطعن بالاستئناف والنقض.

٣٥٦- حجية هذه الأحكام والطعن فيها:

استقر الفقه والقضاء الفرنسيين على التفرقة بين الحكم التحضيرى والحكم التمهيدى فى تحديد حجية كل منهما، ومدى تقيد القضاء بها. فجعل القاضى لا يلتزم بتنفيذ النوع الأول وأن له أن يرجع عنه مقررا أن الإجراء الذى يقضى به غير ضرورى أو غير ملائم، ويلتزم بتنفيذ النوع الثانى ؛ فإذا قضى بانتداب خبير لإثبات واقعة يستند إليها المتهم كسبب للإباحة أو لامتناع المسئولية، فليس له أن يعدل عن ذلك ويقرر الفصل فى الموضوع دون حاجة إلى قيام الخبير بعمله.[٢]

إلا أن المشرع المصرى – سواء فى قانون الإثبات أو قانون المرافعات – قد أغفل هذه التفرقة، واخضع الأحكام الخاصة بتحقيق الدعوى لقواعد عامة

١- Cass req 23-10-1933.

٢- Garraud op. Cit 11 no 1233 p 568.

دون تمييز بين التمهيدى منها والتحضيرى، فأجاز فى المادة ٩ من قانون الإثبات للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بوجه عام ؛ بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر، وأجاز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك، وقد ابتغى المشرع من ذلك ألا يلزم القاضى بتنفيذ إجراء لم يعد له ضرورة، خاصة أنه غير مقيد فى حكمه فى الموضوع بما يسفر عنه تنفيذ هذا الإجراء، فضلا عن أن المادة ٢١٢ مرافعات لم تجز الطعن فى الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى، ولا تنتهى بها الخصومة إلا مع الحكم المنهى للخصومة عدا الاستثناءات الواردة بالنص المشار إليه.[١]

واستقرت تبعا لذلك المساواة بين هذه الأحكام من حيث حجيتها، فالقاضى لا يلتزم بتنفيذها ولا يلتزم بالرأى الذى قد تكشف عنه. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "مؤدى نص المادة التاسعة من قانون الإثبات أن حكم الإثبات لا يحوز قوة الأمر المقضى طالما خلت أسبابه من حسم مسألة أولية متنازع عليها بين الخصوم، وصدر بالبناء عليها حكم الإثبات ؛ ومن ثم يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا ما وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فى موضوعها، كما لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بعد تنفيذه، والمشرع وإن تطلب فى النص بيان أسباب العدول عن إجراء الإثبات فى محضر الجلسة وبيان أسباب عدم الأخذ بنتيجة إجراء الإثبات الذى تنفذ فى أسباب الحكم، إلا أنه لم يرتب جزاءا معينا على مخالفة ذلك ؛ فجاء النص فى هذا الشأن تنظيميا.[٢]

وقد التزم المشرع فى قانون الإجراءات الجنائية بهذا النظر، فلم يقرر تفرقة بين الأحكام التمهيدية والتحضيرية من حيث عدم حجيتها ومن حيث عدم جواز الطعن فيها بالاستئناف أو النقض إلا مع الحكم النهائى البات فى الدعوى،

١- المستشار عز الدين الديناصورى: التعليق على قانون الإثبات - الطبعة التاسعة - ط نادى القضاة ١٩٩٩ ص ٦٩ وما بعدها.

٢- نقض مدنى جلسة ١٥ مايو ١٩٨٦ س ٣٧ ص ٥٦١ .

وإذا كان قد ذكر الأحكام التمهيدية والتحضيرية بأسمائها فى المادة ٤٠٥ منه ؛ فما كان ذلك ليقرر تفرقة وإنما ليقرر مساواة بينها من حيث تجريدها من كل حجية لها وردها إلى وضعها الحقيقى كإجراءات لتحقيق الدعوى لا تهدف لغير مجرد إعدادها للحكم الفاصل فى موضوعها.[1]

وليس للحكم المتعلق بتحقيق الدعوى على هذا النحو قوة إنهائها، ذلك أنه لا يفصل فى موضوعها فلا يخلع على الوقائع المسندة إلى المتهم تكييفا ولا ينطق بعقاب أو يقرر براءة ؛ وإنما يقتصر على مجرد إعداد الدعوى للفصل فى موضوعها، ويعنى ذلك أنها لا تزال قائمة أمام القضاء.

١- أ. على زكى العرابى: المبادئ الأساسية فى الإجراءات ص ١٤٦٣ بند ١٤٥٧ ج ٢، د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى ص ٦٧ وما بعدها.

المبحث الثانى
طبيعة الأحكام الصادرة فى الموضوع
والآثار المترتبة عليها

٣٥٧- طبيعة الحكم:

إذا كان الحكم قد فصل فى الموضوع فخلع وصفا قانونيا معينا على الفعل المسند إلى المتهم وقضى تبعا لذلك ببراءته أو إدانته عقب إبداء دفع موضوعى فى الدعوى، فإنه يحوز- إذا ما توافرت فيه شروط معينة - قوة إنهاء الدعوى الجنائية، وذلك باعتباره حسم النزاع وأنهى الخصومة بعد أن فصل فى جميع الدفوع والطلبات المطروحة على القاضى، ويعنى ذلك أنه لم تبق مسائل متنازع عليها، ولكن انتهاء الدعوى الجنائية بصدور الحكم الفاصل فى موضوعها هو انتهاء نسبى أى بالنسبة للقضاء الذى أصدره، أما بالنسبة لقضاء غيره فقد لا تعد الدعوى الجنائية منقضية إذا كان الحكم قابلا للطعن أمامه، ويعنى ذلك أن الحكم الفاصل فى الموضوع لا ينهى الدعوى الجنائية فى جميع الأحوال ؛ بل لابد من شروط تدعمه وتجعل له هذا الأثر على الدعوى. والحكم الصادر فى الدفع الموضوعى قد تقضى المحكمة فيه منفردا أو تأمر بضمه للدعوى وتقضى فيهما معاً.

وفى كل الأحوال فإنه يترتب على الفصل فيه انتهاء الدعوى أمام المحكمة التى أصدرته باستنفاد ولايتها فيه.

وإذا كانت طبيعة الحكم الصادر فى الدفع الموضوعى تتسم بأنها فاصلة فى موضوع الدعوى على النحو السالف بيانه ؛ فإن الآثار المترتبة على ذلك قد

تكون ذات أثر سلبى على موضوع الدعوى، وقد تكون ذات أثر إيجابى وهى تقتضى منا بيانها بشىء من التفصيل وهو ما سوف نوضحه فى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول: الأثر السلبى لقوة الحكم الجنائى الصادر فى الدفع الموضوعى.

المطلب الثانى: الأثر الإيجابى لقوة الحكم الجنائى الصادر فى الدفع الموضوعى.

المطلب الأول

الأثر السلبى لقوة الحكم الجنائى الصادر في الدفع الموضوعى

٣٥٨- تمهيد:

تقرر المادتان ٤٥٤، ٤٥٥ من قانون الإجراءات الجنائية أنه إذا صدر حكم فى موضوع الدعوى الجنائية فلا يجوز إعادة نظرها إلا بالطعن فى هذا الحكم بالطرق المقررة فى القانون، ولا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم فيها نهائيا بناء على ظهور أدلة جديدة أو ظروف جديدة أو بناء على تغيير الوصف القانونى للجريمة لأن الدعوى الجنائية تنقضى بالنسبة للمتهم المرفوعة عليه الوقائع المسندة فيها إليه، بصدور حكم نهائى بالبراءة أو بالإدانة.[1]- فقوة الشىء المقضى تنهى الدعوى الجنائية وذلك احتراما للأثر السلبى لهذه القوة الذى يظهر بوضوح فى مجال القضاء الجنائى.

وقوة الشىء المقضى فى جانبها السلبى تعنى عدم جواز محاكمة المتهم من جديد عن ذات الواقعة التى سبق محاكمته عنها وصدر فيها حكم بات. وتفسير ذلك أن الدعوى الجنائية بعد صدور هذا الحكم يكون لكل ذى مصلحة أن يدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها. [exception de non recevoir]

١- انظر المادة السادسة من قانون الإجراءات الفرنسى التى قررت أن الدعوى الجنائية تنقضى بقوة الشىء المقضى.

بحكم حائز لقوة الشيء المقضى، وذلك تطبيقا للأثر المانع، وهذا الأثر المانع يكون للحكم الجنائى على القضاء الجنائى.[١]

فالأثر المانع لقوة الشيء المقضى ينصرف إلى الدعوى الجنائية ويحول دون السير فى إجراءاتها أمام أية جهة من جهات القضاء ويعنى ذلك انقضاء هذه الدعوى واستقرار الوضع الذى قرره الحكم البات.[٢]

وحجية الحكم الصادر فى الدعوى والحائز لقوة الأمر المقضى بعد بحث الدفع المثار بها والمقضى فى الدعوى على أساسه ؛ تقيد القاضى الذى اصدر الحكم كما تقيد أطراف الدعوى، فالقاضى لا يجوز له أن يعود إلى البحث فيما قضى به ولو تبين له خطأ قضائه فاستصوب الرجوع عنه، فالدعوى قد خرجت من حوزته واستنفد فيها ولايته فلا سبيل إلى طرح الدعوى عليه من جديد، فهو لا يملك إعادة نظرها إلا بالطعن فى حكمه بالطرق المقررة فى القانون وإذا رفع أحد الخصوم الدعوى مرة أخرى إلى القضاء رغم سبق الفصل فيها : كان للخصم الآخر أن يدفع هذه الدعوى بقوة الشيء المقضى به، بل إن القضاء الذى تطرح عليه هذه الدعوى من جديد يجب أن يقضى من تلقاء نفسه بعدم قبول الدعوى دون بحث فى موضوعها ومن ثم كان الجانب السلبى للقوة أساسا للدفع بقوة الشيء المحكوم به، أى بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، وتستند القوة السلبية للحكم على اعتبارات الاستقرار القانونى واستقرار المراكز والحقوق لأصحابها ووضع حد لتجديد الخصومات وتأييد المنازعات وكفالة الحرية الشخصية لضمان فرصة للمتهم

١- Stefani. Levasseur et B.bouloc op.cit no 799 p 1010 Stefani. Levasseur no 1008.

٢- د. أحمد فتحى سرور: الوسيط فى الإجراءات ج ٢ ص ١١٢٤ ق ٦٦٢ - د. عبد العظيم مرسى وزير: الإجراءات ص ٧٤١ ق ٣٨٨ - د. مأمون سلامة: قانون الإجراءات ص ١٢٦٥ - د. فتحى المصرى: الدفع بقوة الشيء المقضى ص ٢٢٤ وما بعدها.

لكى يرسم لنفسه حياة حرة هادئة بعيدا عن خطر المحاكمة من جديد، وتلافى إضاعة الوقت وتبديد الأموال ومنع تضارب الأحكام.[1]

٣٥٩- شروط الدفع بقوة الشىء المقضى بالنسبة للحكم الصادر فى الدفع:

ويشترط للدفع بقوة الشىء المقضى بالنسبة للحكم الصادر فى الدفع، نفس شروط الدفع بقوة الشىء المقضى التى بيناها فى موضعها من هذا البحث. فيجب أولا أن يكون هناك حكم جنائى بات لا يقبل الطعن بأى طريق من طرق الطعن المقررة قانونا، وان يكون قد فصل فى موضوع الدعوى الجنائية فى منطوقة أو فى أسبابه المكملة للمنطوق والمرتبطة به ارتباطا وثيقا لا يقبل التجزئة. والتى تعد جزءا من المنطوق، وان يكون لهذا الحكم وجود قانونى، أى توافرت فيه الشروط اللازم توافرها فى الحكم لاكتسابه الصفة الباتة وحيازة قوة الشىء المقضى. وان تتحقق الوحدة بين الدعويين، الدعوى التى صدر فيها الحكم البات والدعوى التى يراد التمسك فيها بقوة الحكم.

وتتحقق وحدة الدعوى إذا توافرت الوحدة بين عناصرها الثلاثة وهى الخصوم والموضوع والسبب على ما بيناها سلفا.[2]

على أنه إذا كان شرطى وحدة الخصوم والموضوع لا يثيران صعوبة فى التطبيق بالنسبة لتحقق شروط الحجية وقوة الحكم الجنائى فى إنهاء الدعوى الجنائية : فإن تحقق شرط السبب والذى يكتمل بتوافره الأثر المانع لقوة الحكم الجنائى الصادر فى الدعوى قد يكون عسيرا وذلك حين تكون واقعة الدعوى مركبة فيثور فى هذه الحالة شك فى حقيقتها وهل هى مجموعة من الوقائع

١- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى فى انهاء الدعوى الجنائية. المرجع السابق ص ٥ وما بعدها
د. فتحى المصرى: الدفع بقوة الشىء المقضى ص ٢٢٦ .

٢- انظر فى تفصيل هذه الشروط بند ٢٠٨ من هذا البحث

المتميزة أم هى واقعة واحدة غير متجزئة. ويدق الحكم حينما يكون الدفع منصبا على وقائع يجمع القانون بينها ويجعل بينها صلة، إذ يثور التساؤل عما إذا كانت هذه الصلة تبقى الاستقلال بينها أم تنفيه، وموضع هذا التساؤل أن يقرر القانون صلة ارتباط بين عدد من الوقائع سواء كان ارتباطا بسيطا أم غير قابل للتجزئة أو أن يجعل من واقعة ظرفا لجريمة تقوم بواقعة أخرى أو أن يجمع بين عدد من الوقائع فى جريمة واخدة كالوضع فى الجرائم المتتابعة الأفعال، وجرائم الاعتياد، وتثور الصعوبة كذلك حين تتعدد الأوصاف القانونية لواقعة واحدة، إذ نتساءل عما إذا كان الحكم فاصلا فى الدعوى باعتبارها واقعة واحدة مهما اسبغ عليها من أوصاف، أم أن الحكم فى الدعوى بوصف معين يحوز القوة بالنسبة لهذا الوصف فقط ؛ فإذا قدمت بوصف آخر لا يحوز هذه القوة بالنسبة للوصف الأخير؟ ومن ثم فسوف نعرض لهذه الحالات بشىء من التفصيل لما لها من أهمية فى بيان الحكم الذى يفصل فى الدعوى ويحوز القوة فى إنهائها فى مختلف هذه الصور فنبين الحالة التى تتعدد فيها الوقائع ويتضح الاستقلال بينها وتقوم بكل منها جريمة متميزة ثم نبحث بعد ذلك حالات الحكم الصادر فى الدفع بالارتباط البسيط ثم الجرائم المتتابعة، ونفرغ من ذلك ببيان مشكلة تعدد الأوصاف القانونية للواقعة فى ستة فروع على النحو التالى:

الفرع الأول: الوقائع المتعددة التى تقوم بها جرائم متعددة.

الفرع الثانى: الجرائم المرتبطة ارتباطا بسيطا.

الفرع الثالث: الجرائم المرتبطة ارتباطا غير قابل للتجزئة.

الفرع الرابع: الجرائم المستمرة والجرائم الوقتية.

الفرع الخامس: جرائم الاعتياد والجرائم المتتابعة الأفعال.

الفرع السادس: قوة الحكم الصادر فى أحد الأوصاف القانونية للواقعة.

الفرع الأول
الوقائع المتعددة التى تقوم بها جرائم متعددة

٣٦٠- مضمون القاعدة:

إذا تعددت الوقائع وكانت كل منها مستقلة عن الأخرى فى مادياتها فالحكم البات الفاصل فى الدعوى الجنائية الناشئة عن إحداها ؛ وأثير فيها دفع موضوعى من الدفوع السالف الإشارة إليها بتقسيمات الدفوع لا قوة له فى الدعوى الناشئة عن سائرها لان تعدد الوقائع ينفى الوحدة بينها، ويعنى تعدد أسباب الدعاوى الناشئة عنها وعدم جواز الدفع فى إحداها بقوة حكم صدر فى غيرها. ويوصف هذا الوضع بأنه تعدد مادى أو حقيقى للجرائم وهو يفترض استقلال الجرائم، ولا عبرة فى ذلك بتاريخ ارتكاب الجرائم المتعددة، فلا يتطلب تطبيق هذا الأصل أن تكون الجريمة سبب الدعوى الثانية لاحقه فى تاريخ ارتكابها على الواقعة سبب الدعوى الأولى التى انتهت بالحكم البات فقد تكون معاصرة لها، بل قد تكون سابقة عليها.[1]

٣٦١- صور الحالات التى تنطبق عليها هذه القاعدة:

١- وابسط حالات تطبيق هذه القاعدة أن تكون الجريمة سبب الدعوى الثانية لاحقة فى تاريخ ارتكابها على الجريمة، سبب الدعوى الأولى : فإذا برئ

١- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى. سالف الإشارة إليه ص ٢٠٢ - د. فتحى المصرى: الدفع بقوة الشيء المقضى به ص ٢١٠ وما بعدها.

شخص من تهمة إخفاء أشياء مسروقة فان هذه البراءة التى انصرفت إلى وقائع سابقة على الحكم الصادر بها لا تحول دون أن تقام دعوى ثانية من أجل وقائع إخفاء متميزة ولو كان موضوعها نفس الأشياء أو أشياء أخرى متحصلة من نفس الجريمة. وإذا أدين شخص من أجل جريمة البلاغ الكاذب فمن الجائز أن يدان بعد ذلك من أجل شهادة الزور على الرغم من أن هذه الشهادة ليست غير ترديد لما تضمنه البلاغ إذ أن واقعة الإبلاغ مختلفة عن واقعة الشهادة، وإذا برىء شخص من إفلاس بالتدليس جاز أن يحاكم بعد ذلك من أجل إفلاس بالتقصير طالما كانت الوقائع التى بنى عليها الاتهام الأول مختلفة عن الوقائع التى بنى عليها الاتهام الثانى، وإذا أدين شخص من اجل خيانة أمانة فمن الجائز محاكمته بعد ذلك من اجل تزوير واستعمال محررات مزورة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا رفعت الدعوى على شخص بوصف كونه سارقا للأشياء المضبوطة وحكم ببراءته فإنه يجوز أن ترفع عليه الدعوى من جديد بوصفه مخفيا لها لاختلاف الواقعتين. ويستوى الأمر إذا ما اعتبر المتهم فى القضية الأولى شريكا فى السرقة". وقضت المحكمة كذلك بأن "واقعة تزوير صحيفة مدنية تختلف عن واقعة تزوير عقد البيع موضوع هذه الدعوى، إذ لكل منهما ذاتية وظروف خاصة تتحقق بها الغيرية التى يمتنع معها القول بوحدة الواقعة فى الدعويين."[1]

٢- وهذه القاعدة واجبة التطبيق ولو كانت الجريمة سبب الدعوى الثانية معاصرة للواقعة سبب الدعوى الأولى. وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "جريمة القذف عن طريق الصحافة تقع بالنشر وتعد مرتكبة فى كل مكان تنشر فيه العبارات التى تتضمن القذف ؛ ومن ثم تتعدد الجرائم بتعدد دوائر اختصاص المحاكم التى توزع فيها الجريدة، ولذلك فإن للمحكمة التى

١- نقض جنائى جلسة ١٠ يونية ١٩٥٧ س٨ ق١٧٥ ص٦٣٧ - ٢٨ يناير ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية مجموعة عمر ج٣ رقم٣٢٢ ص٤١٥، ٢٧ يونية١٩٦٠ س١١ ص ٦٠٠، ٣٠ مايو ١٩٧٦ س٢٧ ص٥٥٨ .

تنظر فى إحدى هذه الجرائم أن ترفض الدفع بقوة حكم أصدرته محكمة أخرى قضت فيه بإدانة المتهم من أجل نفس عبارات القذف المنشورة فى الجرائد" [1]

وقضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لهذه القاعدة بأنه "إذا كان المتهم - بعد أن حوكم عن تهمة ذبحه عجلا خارج السلخانة فى يوم ممنوع الذبح فيه وبيع لحم طازج فى يوم منع فيه بيع اللحم - قد قدم إلى المحاكمة عن تهمتى القتل والإصابة غير العمديتين لبيعه لحوما فاسدة أكل منها المجنى عليهم ؛ فلا تثريب على المحكمة إذا هى - فى الدعوى الأخيرة - رفضت الدفع بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها".[2]

وقضت كذلك بأنه "لا يكفى للقول بوحدة السبب فى الدعويان أن تكون الواقعة الثانية من نوع الواقعة الأولى، أو أن تتحد معها فى الوصف القانونى أو أن تكون الواقعتان - كلتاهما - حلقة من سلسلة وقائع متماثلة ارتكبها المتهم لغرض واحد، إذا كانت لكل واقعة ذاتية خاصة وظروف خاصة تتحقق بها المغايرة التى يمتنع معها القول بوحدة السبب فى مكل منهما، وإذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الواقعة الأولى محلها جريمة إعطاء شيك بدون رصيد، فى حين أن موضوع الدعوى المطروحة هو جريمة خيانة أمانة منسوبة للمطعون ضده، وهى من ثم واقعة مغايرة تماما لتلك التى كانت محلا للحكم السابق بما يمتنع معها القول بوحدة السبب والموضوع فى كل من الدعويين، مما لا يحوز معه الحكم السابق حجية فى الواقعة الجديدة محل الدعوى المطروحة. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ؛ فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون."[3]

١- Cass 4 juill. 1896, S.97. 1201, not Roux.

٢- نقض جنائى جلسة ٢ أكتوبر ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية - مجموعة عمر ج ٦ رقم ٣٧٢ ص٥١٢ .

٣- نقض جنائى جلسة ٧ نوفمبر ١٩٦٠ س١١ رقم١٠٤٥ ص٧٥٦، ١٣ أكتوبر١٩٩٣ س٤٤ ق١٢٤ ص٨٠٢ .

٣- والقاعدة السابقة واجبة التطبيق كذلك ولو كانت الجريمة سبب الدعوى الثانية سابقة على الجريمة سبب الدعوى الأولى : فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "مدير الشركة الذي أدين بجريمة بيع أوراق اليانصيب غير المرخص بها تجوز محاكمته من أجل وقائع بيع أخرى لهذه الأوراق سابقة على الوقائع التي أدين بها في الدعوى الأولى" [١] وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد طبيعة الوقائع وتماثل أوصافها لا ينفي الاستقلال بينها ولا يحول دون قيام جريمة متميزة بكل منها وتعدد الدعاوى الناشئة عنها ؛ فإذا حوكم شخص من أجل سرقة و أدين أو برىء منها فليس في القانون ما يحول دون أن يحاكم بعد ذلك من أجل سرقة أخرى سواء كانت سابقة على الأولى أم لاحقة لها . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "الشخص الممنوع من الإقامة في أماكن معينة يرتكب جريمتين متميزتين إذا أقام في مكانين مختلفين محظورين عليه، فإذا أدين في إحداهما فليس في القانون ما يحول دون محاكمته وإدانته من أجل الأخرى" [٢]

٣٦٢- استثناء من القاعدة السابقة :

ويثور تساؤل في حالة ما إذا كان الحكم الفاصل في الدعوى الأولى قد حسم مشكلة قانونية تثور بحذافيرها في الدعوى الثانية . فهل يلتزم القاضي في هذه الدعوى بالحل الذي قرره ذلك الحكم؟

عرضت محكمة النقض الفرنسية لهذا الموضوع، فقضت بأنه " إذا حوكم شخص لمباشرته مهنة الطب دون ترخيص فأبرز كتاباً وزارياً يسمح له بمباشرة هذه المهنة في فرنسا فبرئ استنادا إليه ثم اتهم ثانية بمباشرة لاحقة لهذه المهنة فدفع بقوة الحكم السابق الذي اعترف بحجية الكتاب الوزاري ؛ فإن هذا الدفع يكون متعين القبول " . وكذلك قضت بأنه " إذا اتهم شخص

١- Cass 9 dec. 1887 S 88. 1-37.

٢- - Cass 16 nov. 1935 Das Pal 1936.1.34.

بجريمة تقليد فقضي بصحة براءة الاختراع التي استند إليها الاتهام بهذه الجريمة فإن لهذا القضاء قوته في دعوى تالية أقيمت ضد نفس المدعي من أجل وقائع تقليد لاحقة".[1]

ويتضح بذلك أن محكمة النقض قد ذهبت إلى تقيد المحكمة التي تنظر الدعوى الثانية بما قرره الحكم السابق الصادر في شأن واقعة مماثلة، ولكنها عدلت بعد ذلك عن هذا الرأي، فقضت بأن " قاضي محكمة المخالفات لا يتقيد عند نظره في مخالفة بالحكم الذي سبق له إصداره في شأن مخالفة من نفس النوع ".[2] واعتبرت أن تقيد الحكم المطعون فيه بالحكم السابق يعد إخلالاً بالقواعد التي تحدد قوة الأحكام .

ويرى جانب من الفقه [3] أن الرأي الثاني هو الذي يتفق وقواعد القانون ويستند إلى تطبيق سليم لشروط الدفع بقوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية لاختلاف السبب في الجريمتين لأن الجريمة التي يحاكم المتهم عنها في الدعوى الثانية متميزة عن الجريمة التي حوكم من أجلها في الدعوى الأولى.

غير أننا نرى أن الاتجاه الأول هو الذي يتفق والتطبيق القانوني السليم ذلك أن المادة ١٠١ من قانون الإثبات، وهو قانون أحال إليه قانون الإجراءات الجنائية في الإثبات في المسائل المدنية التي تعرض أمام القضاء الجنائي قد أجازت أن يحوز القضاء السابق القوة في إنهاء الدعوى إذا كانت المسألة المثارة في الواقعة الثانية متماثلة مع الواقعة الأولى . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " استقر قضاء هذه المحكمة على أن المسألة الواحدة بعينها إذا كانت أساسية وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذي ترتب عليه القضاء بثبوت الحق المطالب به في الدعوى أو انتفائه ؛ فإن هذا القضاء

١- Cass 18 avr .1839 S 39,1,1899 - Cass 17 avr 1850 TD55 .1.142.

٢- Cass 17 fevr. 1888 , S.89.1.134

٣- د. نجيب حسني : قوة الحكم المرجع السابق ص ٢٠٨ .

يحوز قوة الشيء المحكوم به في تلك المسألة الأساسية بين الخصوم أنفسهم ويمنعهم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع بشأن أي حق آخر يتوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابق الفصل فيها بين هؤلاء الخصوم أنفسهم أو على انتفائها باعتبار أن السبب في معنى المادة ١٠١ من قانون الإثبات هو الواقعة التي يستمد منها المدعي الحق في الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يستند إليها الخصوم"[١] علماً بأن هذا الاتجاه تأيد برأي جانب من الفقه يرى أن الأخذ بهذا المبدأ يتفق مع ما تنص عليه المادة ٢/٣٢ من قانون العقوبات التي تقضي أن توقع عقوبة واحدة في حالة التعدد المادي للجريمة على النحو المبين سلفاً عند الحديث عن الدفع بالارتباط [٢]

١- نقض مدني جلسة ٢٦ أبريل ١٩٨٧ س ٣٨ رقم ٩٠٦ لسنة ٥٢ ق ص ٦٠١ .

٢- د. عبد العظيم مرسي وزير: عدم التجزئة والارتباط . المرجع السابق ص ١٣٤ سالف الإشارة إليه بالبند رقم ١٥٠ من هذا البحث.

الفرع الثانى
الجرائم المرتبطة ارتباطا بسيطا

٣٦٣- مضمون القاعدة:

يفترض الارتباط البسيط جرائم مستقلة، ولكن بينها علاقة تجعل عناصر الإثبات فى بعضها ذات أهمية فى البعض الآخر، ولذلك يكون من الملائم الجمع بين هذه الجرائم أمام محكمة واحدة فيتاح لها تقدير عناصر الإثبات المشتركة بينها والفصل فيها بحكم لا تناقض بين أجزائه.

وليس للارتباط البسيط تأثير على الدفع بقوة الحكم فى إنهاء الدعوى ؛ ذلك أن لكل جريمة من الجرائم المرتبطة استقلالها ولها كذلك عقوبتها، ويعنى ذلك أنه تنشأ منها دعوى مستقلة، ولا يعنى امتداد الاختصاص الذى يقرره القانون فى حالات هذا الارتباط أن تندمج هذه الدعاوى فى دعوى واحدة ؛ وإنما يقتصر تأثيره على مجرد اجتماعها أمام نفس القضاء. فإذا صدر فى إحدى الدعاوى حكم بات انقضت به، ولكن سائر الدعاوى تظل قائمة حتى يعرض لها من الأسباب ما تنقضى به.

٣٦٤- موقف القضاء فى فرنسا من القاعدة:

وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية هذه القاعدة فى أحكام متعددة ؛ فقضت بأن من أدين من أجل جريمة صيد محظور ليس له أن يحتج بقوة هذا الحكم فى دعوى أتهم فيها بالشروع فى القتل فى زمان ومكان هذا

الصيد.[1] وقضت كذلك بأن من برئ فى جريمة السرقة فى الطرق العمومية تجوز محاكمته عن جريمة حمل السلاح أثناء ارتكاب هذه الواقعة وهى جريمة عاصرت السرقة (ارتبطت بها ارتباطا بسيطا).[2]

٣٦٥- موقف القضاء فى مصر:

وهذه القاعدة يقررها القانون المصرى: فقد نصت المادة ٣٢ من قانون العقوبات الفقرة الثانية على أنه "إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة ؛ وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم" ويعنى هذا النص - كما سبق القول عند الحديث عن الدفع بالارتباط - أن اعتبار الجرائم المرتبطة جريمة واحدة والحكم من اجلها بالعقوبة المقررة لأشدها منوط بوحدة الغرض وعدم التجزئة، فإن انتفى ذلك فلم تكن وحدة فى العرض وإنما كان الارتباط بسيطا قابلا للتجزئة استتبع ذلك بمفهوم المخالفة إقرار استقلال الجرائم وتعدد العقوبات التى يحكم بها من أجلها. وقد قضت محكمة النقض تطبيقا لهذه القاعدة بأنه "إذا كانت محكمة الموضوع قد حكمت بعقوبة لكل جريمة فإن ذلك معناه أنها لم تر أن هناك ارتباطا بالمعنى المقصود فى المادة ٣٢ من قانون العقوبات".[3] ويعنى ذلك أن الارتباط بين الجرائم فى غير الصورة التى يحددها النص السابق لا ينفى الاستقلال بين الجرائم المرتبطة ولا يحول دون تعدد العقوبات التى يقضى بها من أجلها.

١- Cass 22 mars .1873 D 73 1 267.

٢- Cass 25 juill .1856 art 660 no 90.

٣- نقض جنائى جلسة ١ يناير ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية مجموعة عمر ج ٦ رقم ٤٤٦ ص ٥٨٠، نقض جنائى جلسة ٢ نوفمبر ١٩٩٢ س ٤٣ ق ١٤٩ ص ٩٥٧ .

الفرع الثالث
الجرائم المرتبطة ارتباطا غير قابل للتجزئة

٣٦٦- مضمون القاعدة:

ولهذا الارتباط نوعان . نوع تحتفظ فيه الجرائم المرتبطة باستقلالها على الرغم من اجتماعها فى هذه الوحدة فيظل التعدد بينها قائما وإن انتفى تعدد العقوبات، ونوع يختفى فيه تعدد الجرائم فتتحول الجرائم المرتبطة إلى جريمة واحدة ذات وصف قانونى جديد وتفقد كل جريمة استقلالها فلا تعدو أن تكون مجرد عنصر للجريمة المركبة التى نشأت بهذا الارتباط.

ويفترض النوع الأول تعدد الجرائم تعددا حقيقيا ويتطلب أن تجمع بينها وحدة الغرض وأن يثبت بينها الارتباط الذى لا يقبل التجزئة.[1] ولا صعوبة تذكر إذا حوكم المتهم من أجل الجرائم المرتبطة جميعا دفعة واحدة، إذ لن يصدر ضده غير حكم واحد يقضى بعقوبة واحدة فإن صار باتا انقضت به كل الدعاوى الناشئة عن هذه الجرائم، ولا مجال للبحث أيضا فى تأثير الارتباط على الدفع بقوة الحكم الجنائى فى إنهاء الدعوى إذا لم ترتكب إحدى الجرائم المرتبطة إلا بعد صدور حكم بات فى شأن الجريمة الأخرى المرتبطة بها، إذ لن نكون بصدد تعدد فى الجرائم لأن التعدد يفترض ارتكاب عدد من الجرائم قبل أن يصدر فى أحدها حكم بات، فإن فصل بينها ذلك الحكم تعين

١- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى. المرجع السابق ص ٢١٢ وما بعدها.

أن تتعدد العقوبات ولو كان بين الجرائم ارتباط، وإذا استبعدنا هذين الوضعين خلص لنا الوضع الأخير وهو يفترض تعدد الجرائم وارتباطها دون أن يفصل بينها حكم بات ويفترض كذلك أنها لم تجتمع أمام القضاء فى نفس الوقت وإنما حوكم المتهم من أجل إحداها ثم صار الحكم الصادر ضده باتا، وبعد ذلك أقيمت ضده الدعوى من أجل جريمة ثانية مرتبطة بالأولى. ويتضمن هذا الوضع حالات ثلاث يتعين التمييز بينها فقد يصدر الحكم فى شأن الجريمة الأشد ؛ وقد يصدر فى شأن الجريمة الأخف وقد يصدر فى شأن جريمة تعادل الجريمة المرتبطة بها.

٣٦٧- حالات الارتباط وأثر الحكم الصادر فى كل منها:

أولا : فإذا صدر الحكم فى الجريمة الأشد فقد ذهب رأى فى الفقه[١] إلى أنه إذا صدر الحكم فى شأن الجريمة الأشد لم يجز بعد ذلك تحريك الدعوى الناشئة عن الجريمة أو الجرائم الأخف باعتبار أن الارتباط هو إحدى حالات التعدد المعنوى. وقد أخذت محكمة النقض بهذا الاتجاه فقضت بأنه "إذا اتهم شخص بتزوير واختلاس مرتبطين فحكمت عليه محكمة الموضوع بعقوبة واحدة عن جريمة التزوير باعتبارها أشد الجريمتين فإنه لا يجوز رفع الدعوى من جديد لأن القانون قال بوجوب توقيع عقوبة واحدة" [٢] غير أن جانبا أخر من الفقه[٣] وأيدته فى ذلك محكمة النقض الفرنسية يرى أن هذا الرأى معيب وأنه يجوز تحريك الدعوى الناشئة عن الجريمة الأخف وتعترف للقاضى بسلطة النطق بالعقوبة المقررة لها ثم النص على عدم تنفيذها اكتفاء بتنفيذ العقوبة الأشد.[٤] غير أن محكمة النقض المصرية مالت إلى الرأى الأول

١- أ. جندى عبد الملك: موسوعته ج ٥ ط ١٩٤٢ رقم ٣٦٩ ص ٢٣٨ .
٢- نقض جنائى جلسة ٤ أبريل ١٩٢٨ الموسوعة الجنائية ج ٥ ق ٣٦٨ ص ٢٣٧ .
٣-د. نجيب حسنى: قوة الحكم المرجع السابق ص ٢١٦ وما بعدها.
٤- Cass crim 16 mars. 1911 D. 1914-1-201.

وأخذت به فى أحكامها حينما قررت أنه "طبقا للفقرة الثانية من المادة ٣٢ من قانون العقوبات فإنه حيث يقوم الارتباط الذى لا يقبل التجزئة بين الجرائم وجب توقيع عقوبة واحدة هى تلك المقررة لأشدها إذا تفاوتت العقوبات المقررة لها. كما دلت ضمنا وبطريق اللزوم على انه إذا تساوت عقوبات الجرائم المرتبطة لا توقع سوى عقوبة واحدة منها. ويتأدى من ذلك أن صدور حكم نهائى بالإدانة فى جريمة يمنع من نظر الدعوى الجنائية أو الجرائم المرتبطة بها ارتباطا لا يقبل التجزئة إذا كان ذلك الحكم قد صدر فى أشد الجرائم عقوبة أو فى جريمة عقوبتها مساوية للعقوبة المقررة لسائر الجرائم المرتبطة بها. وإذا كانت العقوبة المقررة فى القانون لكل من جريمتى تزوير المحرر العرفى واستعماله واحدة ؛ فإن الحكم المطعون فيه إذ دان الطاعن بجريمة الاشتراك فى تزوير المحرر العرفى برغم صدور حكم نهائى بإدانته فى جريمة استعمال ذلك المحرر يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون".[1]

ثانيا: أما إذا صدر الحكم فى الجريمة الأخف - وغنى عن البيان أن العقوبة التى يقضى بها هذا الحكم ليست التى يقررها القانون من اجل الجريمتين - فالقانون يقرر أشدهما وهذه أخفهما، لذلك يكون تحريك الدعوى الثانية هو الوسيلة إلى التطبيق الصحيح للقانون، وتكون العقوبة التى يقضى بها الحكم الصادر فى هذه الدعوى هى وحدها الواجبة التوقيع على المتهم باعتبارها أشد العقوبتين وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان مقتضى المادة ٣٢ من قانون العقوبات فى حالة الجرائم المرتبطة أن يحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم ؛ ومن ثم فان سبق معاقبة الطاعن عن الجنحة المرتبطة بجناية إحداث العاهة المستديمة لا يمنع من محاكمته عن هذه الجناية لأن العقوبة التى قضى عليه بها عن الجنحة ليست هى التى يقررها القانون للجريمتين المرتبطتين، وهى عقوبة جناية العاهة بوصفها أشد

١- نقض جنائى جلسة ٦ مايو ١٩٨١ س ٣٢ ص ٤٧٥ .

العقوبتين، ولذلك تكون محاكمة الطاعن عن جناية إحداث العاهة هى الوسيلة إلى التطبيق الصحيح للقانون. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فى الرد على الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ؛ فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الصدد يكون غير سديد".[1] وتعرض فى هذه الحالة مشكلة، ذلك أن المتهم قد تنفذ عليه العقوبة الأخف التى قضى عليه بها أولا مع أن العقوبة الثانية هى الواجبة التنفيذ وينبغى ألا يضار المتهم من إجراء غير صحيح اتخذته السلطات العامة ولم يكن فى وسعه أن يحول دونه. ويرى جانب من الفقه[2] أن الحل المتسق مع المنطق القانونى هو اعتبار المتهم أثناء خضوعه للعقوبة الأخف فى حكم المحبوس احتياطيا تستنزل من مدة العقوبة الأشد المدة التى أمضاها خاضعا للعقوبة الأخف. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا كان قد صدر فى الدعوى ذات العقوبة الأشد حكم بات أمكن الدفع بموجبه بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ؛ أما إذا صدر حكم بات فى الجريمة ذات العقوبة الأخف فانه يمكن التمسك به لاستنزال مدة العقوبة التى سوف يحكم بها فى الثانية".[3]

ثالثا: وإذا صدر الحكم فى جريمة مماثلة فى الجسامة فيرى جانب من الفقه[4] - ونحن نؤيده - أنه ليس من شأن ذلك الحكم إنهاء الدعوى والحجة فى ذلك كون الدعويين مستقلتين. ولكن تطبيق هذه القاعدة يختلف باختلاف ما إذا كان القاضى قد نطق فى الدعوى الأولى بالحد الأقصى للعقاب أم قضى بما دونه. فان قضى بالحد الأقصى اقتصرت سلطة القاضى فى الدعوى الثانية على إقرار براءة المتهم أو إدانته دون القضاء بعقاب عليه، أما إذا قضى

١- نقض جنائى جلسة ٢١ فبراير ١٩٩١ س ٤٢ ق ٥٥ ص ٣٩٧ .
٢- د. نجيب حسنى: قوة الحكم سالف الإشارة إليه ص ٥٩ .
٣- نقض جنائى جلسة ٢٨ مارس ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٤٩٣ .
٤- د. نجيب حسنى: قوة الحكم الجنائى. المرجع السابق ص ٢١٩ .

بما دون ذلك كان للقاضى عند إدانة المتهم أن يقضى عليه بعقوبة لا يزيد مقدارها على الفرق بين العقوبة التى حكم بها فى الدعوى الأولى والحد الأقصى الذى يقرره القانون لها.[١] وتبرير ذلك انه إذا قضى فى الدعوى الأولى بالحد الأقصى للعقاب كانت هذه العقوبة هى كل ما يقرره القانون من اجل الجرائم المرتبطة التى تتماثل جسامة. إذ يصدق عليها أنها عقوبة مقررة لأشد تلك الجرائم ؛ غير أن محكمة النقض لم تأخذ بهذا الرأى وقررت فى أحكامها أنه "إذا تساوت العقوبتان فى حالة التعدد المعنوى والارتباط بين الجرائم التى لا تقبل التجزئة لا توقع سوى عقوبة واحدة منها".[٢]

رابعا: أما النوع الثانى من الجرائم المرتبطة ارتباطا غير قابل للتجزئة وهو حالة الجريمة ذات الظرف إذا كان جريمة فى ذاته، ويعنى ذلك قيام الجريمة على عدد من الأفعال بعضها يقوم عليه ركنها المادى وبعضها يقوم به ظرفها ومثال ذلك القتل المقترن بجناية أو المرتبط بجنحة أو جناية، والسرقة بإكراه، وهتك العرض بالقوة أو التهديد، وقد اختلف الرأى الذى سارت عليه محكمة النقض الفرنسية عن الرأى الذى سار عليه الحال فى القانون المصرى ؛ فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية – وأيدها فى ذلك جانب من الفقه – أن الجريمة التى يقوم بها الظرف لا تفقد استقلالها، إذ مازالت لها أركانها الخاصة التى تتميز بها عن الجريمة الأصلية. وتطبيقا لذلك فقد قضت بأنه "إذا اتهم شخص بقتل لتسهيل سرقة ؛ فبرئ من القتل ولم يشر الحكم إلى السرقة ؛ جاز أن تقام الدعوى ضده من أجل الجريمة الأخيرة دون أن يكون ذلك مساس بقوة الشيء المحكوم فيه".[٣]

١- Garraud , 111 op. cit no. 1003. p 235.

٢- نقض جنائى جلسة ٤ يونية ١٩٨٦ س ٣٧ ص ٦٢٢ .

٣- Cass 8 nov .1828. Cité par Faustin Hélie, II p.599.

أما فى مصر، فلم يعد الموضوع محل خلاف بعد أن حسمته المادة ٤٥٥ من قانون الإجراءات الجنائية حين قررت أنه "لا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم فيها نهائيا بناء على ظهور أدلة جديدة أو ظروف جديدة، أو بناء على تغيير الوصف القانونى للجريمة". فتعبير الظروف الجديدة يتسع لجميع الظروف، سواء كانت مخففة أو مشددة، وسواء أكانت الواقعة التى يقوم بها الظرف جريمة فى ذاتها أم لم تكن كذلك.[1]

ويعنى ذلك أن الحكم البات الصادر فى شأن الجريمة - سواء بالبراءة أم بالإدانة - يحوز قوته بالنسبة لكل واقعة يقوم بها ظرف لهذه الجريمة.[2]

١- أ. على زكى العرابى: المبادئ الأساسية فى الإجراءات الجنائية - ج ٢ ط ١٩٥٢ ق ٧٦٧ ص ٣٧٣ . د. رءوف عبيد: الإجراءات المرجع السابق ص ١٥٧، د. احمد فتحى: الإجــراءات المرجع السابق ص ١٠٠٨، د. مأمون سلامة: الإجراءات - المرجع السابق ص ٢٣١، د. نجيب حسنى: قوة الحكم ص ٢٢٤ .

٢- نقض جنائى جلسة ١٧ يونية ١٩٧٩ س ٣٠ ق ١٤٧ ص ٦٩٤ .

الفرع الرابع
الجرائم المستمرة والجرائم الوقتية

٣٦٨- القاعدة فى الجرائم المستمرة:

القاعدة فى الجرائم المستمرة - وهى التى يستغرق تحقق عناصرها زمنا طويلا نسبيا - أن قوة الحكم الصادر فيها تنصرف إلى حالة الاستمرار السابقة عليه ؛ ولو كان من أجزائها ما جهلته سلطة الاتهام أو القضاء فلم يشمله الحكم إذ هذه الحالة بأكملها جريمة واحدة، ولا تنصرف هذه القوة إلى حالة الاستمرار اللاحقة عليه إذ تقوم بها جريمة متميزة لها استقلالها عن الجريمة التى انصرفت إليها قوة هذا الحكم. وهذه القاعدة محل إجماع الفقه[1] والقضاء.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "إذا برئ شخص من تهمة إدارة محل ضار بالصحة استنادا إلى أن القانون لا يعاقب على ذلك، ثم استمر بعد براءته فى إدارة هذا المحل فى نفس الظروف التى كان يديره فيها قبل براءته ؛ فان قوة الشيء المحكوم فيه لا تحول دون محاكمته عن الإدارة اللاحقة على هذا الحكم".[2] وقضت كذلك بأن "عدم تنفيذ ما تقضى به اللوائح الصحية من إمداد كل مسكن بخزان لاستقبال الفضلات هو جريمة مستمرة، فإذا أدين المتهم بها بحكم نهائى، فإن قوة هذا الحكم لا تحول دون أن يحاكم ثانية إذا

١- د نجيب حسنى: المرجع السابق ص ٢٣٠ - د. السعيد مصطفى السعيد "الأحكام العامة فى قانون العقوبات ص ١٦٣ - د. فتحى المصرى "الدفع بقوة الشيء المقضى" سالف الإشارة إليه ص ١٧٧ وما بعدها.
٢- Cass 17 dec. 1864 D.p 66.1366.

استمر بعد ذلك فى إخلاله بأحكام هذه اللائحة".[1] وقضت بأنه "إذا أدين مقاول تقسيم أراضى لمخالفته قرار المحافظ الذى يفرض عليه التزامات معينة فإن إصراره على الاستمرار فى هذه المخالفة بعد صدور حكم المخالفة يجعله مرتكبا جريمة جديدة تجوز محاكمته وإدانته من أجلها."[2] وقد سلمت محكمة النقض المصرية بهذه القاعدة أيضا فقضت بأنه "فى حالة الجريمة المستمرة استمرارا متتابعا فإن محاكمة الجانى لا تكون إلا عن الأفعال أو الحالة الجنائية السابقة على رفع الدعوى. وفيما يتعلق بالمستقبل فتجدد إرادة الجانى فى استمرار الحالة الجنائية يكون جريمة جديدة تصح محاكمته من أجلها مرة أخرى ولا يجوز له التمسك عند المحاكمة الثانية بسبق الحكم عليه".

وقد طبقت المحكمة ذلك على جريمة الامتناع عن تسليم طفل لمن له حق حضانته شرعا.[3] وقضت كذلك بأنه "فى الجرائم التى يتوقف استمرار الأمر المعاقب عليه فيها على تدخل جديد متتابع بناء على إرادة المتهم لا تشمل المحاكمة إلا الأفعال أو الحالة الجنائية السابقة على رفع الدعوى. أما ما يحصل بعد ذلك فان تدخل إرادة الجانى فى استمرار الحالة الجنائية تكون جريمة جديدة تجوز محاكمته من اجلها ولا يكون للحكم السابق أية حجية أو اعتبار فى صددها. وقد طبقت المحكمة ذلك على جريمة إدارة محل عمومى بدون رخصة، فقررت أنه "إذا كان المتهم بعد الحكم ببراءته من هذه الجريمة استمر – على الرغم من إلغاء الرخصة التى كانت لديه – يدير محله مطعما عموميا، فإن المحكمة إذا عاقبته من أجل إدارة هذا المحل بعد الحكم ببراءته لاتكون مخطئة مهما كان سبب البراءة[4]

١- Cass 29 oct .1921 gaz. bal 13 mai 1926 gaz . bal 1926. 11. 174.

٢- Cass 24 avr. 1931 dec. 1932 no 455.

٣- نقض جنائى جلسة ٧ مايو ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٥٨ ص ٣٢٥، ٢٣ أكتوبر ١٩٧٨ س ٢٩ ص ٧١٨ .

٤- نقض جنائى جلسة ١٤ نوفمبر ١٩٦٦ س ١٧ ق ٢٠٥ ص ١٠٩٤ – ٢ يناير ١٩٧٢ س ٢٣ ق ٢ ص ٨، ٦ مايو ١٩٧٣ س ٢٤ ق ١٢٣ ص ٦٠٧ .

٣٦٩- القاعدة فى الجرائم الوقتية:

وإذا كانت الجريمة مستمرة استمرارا ثابتا فهى على هذا النحو تعد صورة من الجريمة الوقتية. والقاعدة أن قوة الحكم البات الصادر فى الدعوى الناشئة عن جريمة وقتية لا تنصرف إلا إلى هذه الجريمة ؛ فلا تأثير لها على جريمة مماثلة سابقة أو لاحقة على هذا الحكم وتبقى الدعوى الناشئة عنها قائمة ؛ ومن ثم فهى ينطبق عليها أيضا وتمتد آثار الحكم البات الصادر فى الجريمة المستمرة استمرارا ثابتا إلى جميع الآثار المترتبة على هذه الجريمة فتحول دون أن يحاكم المتهم عنها ثانيا، وهذه القاعدة مسلم بها فى الفقه والقضاء أيضا، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن مخالفة شغل الطريق العام بإيداع أحجار فيه هى جريمة ثابتة، فإذا ظل المتهم يشغل الطريق بأحجاره بعد صدور حكم الإدانة ضده من اجل هذه المخالفة، فانه لا يجوز أن يحاكم ثانية باعتباره مرتكبا جريمة تالية.[١] وأقرت المحكمة المبدأ نفسه بالنسبة لجريمة ترك عربات بغير مقتضى فى الطريق العام على نحو يقلل من حرية المرور فيه.[٢]

وكذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "فى حالة الجريمة المستمرة استمرارا ثابتاً يكون الحكم على الجانى من أجل هذه الجريمة مانعا من تجديد محاكمته عنها مهما طال زمن استمرارها، فإذا رفعت الدعوى العمومية مرة ثانية من أجل هذه الجريمة جاز له التمسك بقوة الشىء المحكوم فيه. وتطبيقا لذلك فإن من حوكم من أجل إقامة بناء دون ترخيص وصدر فى شأنه حكم بات لا تجوز محاكمته ثانية لمجرد أن البناء مازال قائماً فى موضعه المخالف للقانون.[٣]

١- Cass 23 Mai 1884 D 85. 1.271.

٢- Cass 3 janv 1885 D 85. 1. 271.

٣- نقض جنائى جلسة ٧ مايو ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ق ٢٥٨ ص ٣٢٥ .

الفرع الخامس
جرائم الاعتياد والجرائم المتتابعة الأفعال

٣٧٠- القاعدة فى جرائم الاعتياد :

ومثال هذه الجريمة جريمة الاعتياد على الإقراض بالربا الفاحش، والثانية الخادم الذى يسرق مخدومه على دفعات وهى فى النهاية مشروع إجرامى واحد، والقاعدة بالنسبة للدعوى الجنائية الناشئة عن جريمة الاعتياد أن الحكم البات الصادر فى شأن الجريمة تنصرف قوته إلى جميع الأفعال التى ارتكبت فى الماضى أى فى وقت سابق على لحظة صدور هذا الحكم سواء فى ذلك ما أشار إليه الحكم منها وما أغفله. وقد اقر الفقه والقضاء هذه القاعدة فمحكمة النقض الفرنسية قد أقرتها بعد تردد فقضت بأن" حكم الإدانة بجريمة الاعتياد على الإقراض بالربا تنصرف قوته إلى جميع الوقائع السابقة عليه التى يقوم بها هذا الاعتياد، واستخلصت من ذلك أنه لا يجوز أن يعتد القاضى بهذه الوقائع عند تحديده مقدار الغرامة التى ينطق بها من أجل جريمة اعتياد مماثلة يرتكبها المتهم نفسه بعد الحكم".[١] وقضت محكمة النقض المصرية أن "جميع الأفعال التى تقوم جريمة الاعتياد بتكرارها تكون جريمة واحدة متى كان وقوعها قبل المحاكمة النهائية عنها كلها أو عن بعضها سواء أكانت محل نظر فى تلك المحاكمة أم لم تكن".[٢] وقضت كذلك أنه "مهما تعددت الأفعال التى تقوم بها جريمة الاعتياد، فإنها متى كان وقوعها قبل المحاكمة النهائية. لا تكون

١- Cass 25 août .1830 , S 37.1.410.

٢- نقض جنائى جلسة ١١ إبريل ١٩٣٨ مجموعة القواعد ج ٤ رقم ٢٠١ ص ٢١٢ .

إلا جريمة واحدة واستخلصت من ذلك أنه إذا نسبت إلى المتهم عدة وقائع مما يتطلبه القانون لقيام جريمة الاعتياد ؛ فلا يجوز للمحكمة أن تقضى عليه إلا بعقوبة واحدة عن هذه الوقائع جميعها على أساس أنه لم يرتكب إلا جريمة واحدة."[1]

٣٧١- القاعدة بالنسبة للجريمة المتتابعة الأفعال :

أما بالنسبة للجريمة المتتابعة الأفعال، فالقاعدة بالنسبة لها أن من ارتكب هذه الجريمة فقد ارتكب جريمة واحدة فلا تنشأ بها غير دعوى واحدة ؛ ومن ثم كان الحكم البات الصادر فيها حائزا قوة ممتدة إلى كل الأفعال التى تدخل فى تكوينها، ولا يحد من هذه القوة غير الأصل العام الذى يقصرها على الوقائع السابقة على الحكم دون اللاحقة عليه. وفى ذلك تقول محكمة النقض "كل فعل من الأفعال التى تحصل تنفيذا لغرض واحد لا يكون العقاب عليه وحده بل العقاب إنما يكون على مجموع هذه الأفعال كجريمة واحدة بحيث إذا كان أحد هذه الأفعال لم يظهر إلا بعد المحاكمة الأولى ؛ فإن الحكم الأول يكون مانعا من رفع الدعوى بشأن هذا الفعل احتراما لمبدأ قوة الشىء المحكوم فيه".[2]

١- نقض جنائى جلسة ٢٧ يناير ١٩٤١مجموعة القواعد ج ٥ رقم ١٩٨ ص ٣٧٨ .
٢- نقض جنائى جلسة ٨ نوفمبر ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ١ ص ١ .

الفرع السادس
قوة الحكم الصادر
فى أحد الأوصاف القانونية للواقعة

اختلف الفقه والقضاء فى تحديد قوة الحكم الصادر فى أحد الأوصاف دون سواه ويمكن تقسيم الآراء فى هذا الشان إلى رأيين:

٣٧٢- الرأى الذى يتجه إلى انصراف الحكم الجنائى إلى الوصف الذى رفعت به فقط :

ذهب إلى أن قوة الحكم الجنائى لا تنصرف إلا إلى الوصف القانونى الذى نسبه إلى الواقعة واستند إليه فى قضائه من اجلها بالإدانة أو البراءة فلا تمتد قوة هذا الحكم إلى سائر الأوصاف التى تحتملها الواقعة نفسها، فإذا رفعت الدعوى الجنائية عن أحد الأوصاف القانونية المتعددة التى تحتملها الواقعة وصدر فيها حكم بات ؛ فان ذلك لا يحول دون محاكمة نفس المتهم مرة ثانية من اجل نفس الواقعة موصوفة بوصف آخر غير الوصف الذى فصل فيه الحكم البات، وتطبيقا لهذا الرأى فان الدعوى الجنائية الناشئة عن واقعة واحدة تحتمل عددا من الأوصاف القانونية لا تنقضى بالحكم البات إلا إذا فصل الحكم فى كل وصف تحتمله الواقعة أو إذا تعددت الأحكام بقدر عدد الأوصاف القانونية التى تحتملها الواقعة.(١)

١- انظر فى عرض هذا الرأى وبيان حججه د. نجيب حسنى: قوة الحكم. المرجع السابق ص ٢٥٥ وما بعدها رقم ١٠٣ .

وكان قضاء محكمة النقض الفرنسية قد استقر على إجازة محاكمة المتهم اكثر من مرة عن الأوصاف المتعددة للواقعة الواحدة، وقد استندت المحكمة فى ذلك إلى تفسير نص المادة ٣٦٠ من قانون تحقيق الجنايات الملغى التى جرى نصها على أن "كل شخص برئ على نحو قانونى لا يجوز القبض عليه أو اتهامه من أجل نفس الواقعة" وتطبيقا لذلك قضت بأن "الحكم الصادر ببراءة المتهم من تهمة القتل العمد أو الشروع فيه لا تحول دون محاكمة نفس المتهم أمام محكمة الجنح عن جريمة قتل أو إصابة خطأ".(١) وأن "قضاء محكمة الجنايات ببراءة المتهم من اتهام بهتك عرض لا تحول دون محاكمة نفس المتهم أمام محكمة الجنح عن الوقائع بوصفها فعلا فاضحا علنياً.(٢) وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأى أيضا بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم الجنح والمخالفات ؛ وهى المحاكم التى تلتزم بفحص الواقعة فى جميع أوصافها القانونية فقررت أن هذه الأحكام لا تحول دون إعادة المحاكمة من أجل نفس الفعل موصوفا بوصف قانونى مختلف، ويستوى أن يكون الوصف الثانى معادلا للوصف الأول الذى وصف فيه الحكم البات أو أخف منه أو أشد منه وسواء كان الحكم البات صادرا بالبراءة أو بالإدانة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "الحكم الصادر ببراءة المتهم من جريمة نصب كانت وسيلته لعبة قمار تمارس فى الطريق العام لا يحول دون محاكمة المتهم نفسه بعد ذلك من أجل ذات الفعل باعتباره مخالفة ممارسة العاب قمار فى الطريق العام، وقد عللت المحكمة قضاءها بأن لعبة القمار اعتبرت فى الأول وسيلة تدليس وفى الاتهام الثانى جريمة فى ذاتها ومن ثم لا تتحقق بين الدعويين وحدة الواقعة".(٣) وقضت كذلك بأن "إدانة شخص بجنحة قتل خطأ لأنه أدنى من سرير زوجته مصباحاً فى حالة سيئة فامتدت منه النار إلى

١- Cass .16 Jull. 1842, S.42.1.734.
٢- Cass .18 juin 1863 . 28 août 1863 D 64. 1.326.
٣- Cass. 1er août 1861 S 62.1.1106.

جسمها فاحترقت ؛ لا تحول دون محاكمته فى جناية قتل عمد من اجل الواقعة ذاتها إذا اثبت انه قد سكب البترول عمدا على شعر المجنى عليها ثم أشعل النار فيه فأصابتها حروق خطيرة أدت إلى وفاتها. وقد بررت قضاءها بان جناية القتل العمد التى تتطلب انصراف الإرادة إلى إزهاق الروح ليست مماثلة من حيث عناصرها الواقعية أو القانونية لجنحة القتل غير العمد التى تفترض تخلف القصد الجنائى ؛ ومن ثم لا يقبل الدفع بقوة الشىء المحكوم فيه أمام محكمة الجنايات.(١) ويلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية أوردت قيدا على قضائها مؤداه انه لا يكفى لجواز المحاكمة الثانية من اجل نفس الواقعة مجرد اختلاف الوصف القانونى للواقعة. بل اشترط أن تكون المحاكمة الجديدة مستندة أيضا إلى عناصر جديدة لم يتح للقاضى الذى اصدر الحكم الأول أن يتكشفها ويقدرها، أى كانت خافية عليه فلم يتمكن من فحصها والاعتداد بها فى تحديد الوصف القانونى الذى اسبغه فى حكمه على الواقعة. أما إذا اعتمدت على ذات العناصر التى فصل فيها الحكم فإن الدفع بقوة الشىء المقضى يكون مقبولا ولو اسبغ على الواقعة وصفا قانونيا مختلفا.(٢)

٣٧٣- الرأى الذى يتجه إلى انصراف قوة الحكم إلى جميع الأوصاف التى تحتملها الواقعة:

ويذهب أيضا هذا الرأى إلى أن قوة الشىء المقضى به تمتد إلى جميع الأوصاف القانونية التى تحتملها الواقعة الواحدة. فإذا صدر حكم بات فى شان فعل معين : فلا يجوز محاكمة المتهم ثانية من اجل نفس الفعل ولو كان موصوفا بوصف آخر يختلف عن الوصف الذى فصل فيه الحكم البات. وسواء فى ذلك جميع الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة والصادرة بالإدانة،

١- Cass 25 mars .1954 S 1955 juris 39.
٢- Cass 5 fevr .1863, D. 64. 1.326.

وسواء كانت تلك الأحكام قد صدرت فى جناية أو فى جنحة أو مخالفة. فالحكم الصادر ببراءة شخص من فعله باعتباره جناية يحول دون محاكمته عنه بوصفه جنحة أو مخالفة إذا تبين انه على الرغم من انتفاء أحد أركان الجناية فان توافر أركان الجنحة أو المخالفة لا ريب فيه، والحكم الصادر بإدانة متهم عن فعله بوصفه مخالفة أو جنحة يمنع من محاكمته عنه بوصفه جناية.(١)

وأهم الحجج التى يستند إليها هذا الرأى هى السلطة المخولة للقضاء فى نظر الدعوى والتى تفرض عليه أن يفحص الواقعة المطروحة عليه على ضوء جميع الأوصاف القانونية التى تحتملها، ويلتزم فى ذلك بتطبيق قواعد القانون على الواقعة وتحديد وصفها الصحيح غير مقيد بالوصف الذى اسبغه الاتهام عليه أو نسبة الدفاع إليها ويستتبع ذلك القول بأن الحكم الذى يصدره القضاء هو حكم فاصل فى جميع الأوصاف التى تحتملها الواقعة. فإذا اسبغ عليها وصفا معينا فإن ذلك لا يعنى أنه استبعد ما عداه من الأوصاف. فالحكم الصادر ببراءة المتهم من فعل معين يعنى أن المحكمة قد رأت أن الفعل غير معاقب عليه وفقا لأى من نصوص القانون أى أنها طبقت عليه جميع النصوص فلم تر فيها ما يستوجب العقاب، أما الحكم الصادر بالإدانة الذى ينسب إلى الواقعة وصفا جنائيا معينا فيفترض كذلك تطبيق كل نصوص القانون عليها والقول بأنها لا تخضع لغير النص الذى قرر لها ذلك الوصف ؛ فإذا ثبت على النحو السابق أن الحكم قد فصل فى جميع الأوصاف القانونية للواقعة - إثباتا أو نفيا - صراحة أو ضمنا، تعين القول بانصراف قوة الحكم إليها جميعا ومن ثم لا محل لتجديد البحث فى إحداها أمام القضاء.

---

١ - أ. على زكى العرابى: المبادئ الأساسية للإجراءات ج ٢ رقم ٧٧٤ ص ٣٧٧، د. محمود محمود مصطفى "الإجراءات" رقم ١١٣ ص ١٥٠ - د. رءوف عبيد "مبادئ الإجراءات" ص ١٥٧ - د. فوزية عبد الستار "الإجراءات" ط ١٩٨٦ رقم ١٥٢ ص ١٦٥ - د.مأمون سلامة. الإجراءات. المرجع السابق ص ١٢٢١ - د. إدوارد غالى حجية الحكم الجنائى ط ١٩٩٠ رقم ١٥١ ص ١٧١.

وفى تقديرنا فان الرأى الثانى هو الرأى الصحيح لاسيما وان المشرع فى القانون المصرى قد اخذ به بالنص على ذلك فى المادة ٤٥٥ من قانون الإجراءات - حينما قرر انه لا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم فيها نهائيا بناء على تغيير الوصف القانونى للجريمة.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا رفعت الدعوى عن واقعة معينة بوصف معين وحكم فيها بالبراءة فلا يجوز بعد ذلك إعادة رفع الدعوى عن تلك الواقعة ذاتها بوصف جديد"(١) كما أخذت به فى حالة التعدد المعنوى للجرائم فقررت أن حكم تعدد الجرائم الناتجة عن فعل واحد هو اعتبار المتهم إنما قصد ارتكاب الجريمة الأشد عقوبة فقط دون الجريمة أو الجرائم الأخف، فلا تصح مؤاخذة المتهم إلا على جريمة واحدة هى الأشد عقوبة وبصدور الحكم فى هذه الجريمة تنتهى المسئولية الجنائية عن ذلك الفعل هو وجميع نتائجه وكذلك تكون الحال إذا كانت العقوبة المقررة قانونا لتلك الجرائم واحدة.(٢)

كما أخذت بهذا الرأى محكمة النقض الفرنسية بعد التعديل الذى ادخله المشرع الفرنسى فى ٢٥ نوفمبر ١٩٤١ على المادتين ٣٣٩، ٣٥٩ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى وحملها على تغيير مذهبها الذى كانت تسير عليه وقضت بامتداد قوة الحكم البات إلى جميع الأوصاف التى تحتملها الواقعة المسندة لنفس المتهم واستقر قضاؤها على انه لا يجوز محاكمة المتهم عن فعل واحد اكثر من مرة مهما تعددت أوصافه القانونية".(٣)

وتجدر الإشارة إلى انه قد يحكم على المتهم من اجل واقعة معينة، ثم تتوافر عناصر جديدة تكون مع الواقعة الأولى جريمة جديدة لها وصف مختلف عن

١- نقض جنائى جلسة ٢٨ فبراير ١٩٧٦ س ٢٧ ق ٧٧ ص ٣٦٢ .
٢- نقض جنائى جلسة ٦ يونيه ١٩٣٨ ج ٤ رقم ٢٣٤ ص ٢٥٦ .
٣- Cass 9 mai .1961 - j c.p crim 1961, T.2.12223.

الوصف الأول للواقعة. ومثال ذلك أن يحكم على المتهم فى جنحة ضرب بسيط ثم تبين أن فعل الضرب قد أفضى إلى عاهة أو موت. وفى مثل هذه الأحوال يحول الحكم البات دون إعادة نظر الدعوى من جديد وفقا للوصف الجديد للواقعة. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لما كانت واقعة الضرب التى أسندت إلى المطعون ضده - وحكم عليه من اجلها من محكمة الجنح بحكم نهائى وبات - هى الواقعة ذاتها التى قدم بها من جديد إلى محكمة الجنايات بوصف جديد، هو الضرب المفضى إلى موت المجنى عليها ؛ وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر ذلك بأسباب سائغة ؛ فإن ما انتهى إليه من القضاء بعدم جواز نظر الدعوى الجنائية لسابقة الفصل فيها يكون قد وافق صحيح القانون"[1] وان الحكم الصادر فى جريمة السرقة يحول دون إعادة رفع الدعوى على ذات المتهم بوصف أن الواقعة جناية اختلاس أموال حكومية، إذا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم لم تنتبه إلى صفة الموظف العمومى الثابتة قبل المتهم، أو أن الأوراق التى تثبت هذه الصفة لم تتوافر إلا بعد صدور الحكم. وكذلك الحكم الصادر فى جريمة قتل خطأ يقف عقبة أمام إعادة طرح الواقعة على القضاء إذا ثبت بعد صدور الحكم توافر القصد الجنائى مما يجعل الواقعة قتل عمد، وكذلك أيضا الحكم الصادر فى جناية قتل عمد يمنع من نظر الدعوى الجديدة المؤسسة على توافر ظرف سبق الإصرار أو الترصد الذى لم يراع من قبل المحكمة التى أصدرت الحكم السابق ذلك لوحدة السلوك الإجرامى والنتيجة وعلاقة السببية بين الدعويين فى هذه الحالات.[2]

وتفسير ذلك أن مبدأ عدم جواز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم فيها نهائيا، بناء على ظهور أدلة جديدة أو ظروف جديدة أو بناء على تغيير

١- نقض جنائى جلسة ٩ مايو ١٩٩٩ الطعن رقم ١٠٥٠٠ لسنة ٦٧ ق - لم ينشر بعد، ومشار إليه بمجلة القضاة الفصلية السنة ٣١ العدد الأول والثانى - الصادرة عام ٢٠٠٠ .

٢- د. مأمون سلامة: قانون الإجراءات الجنائية ص ١٢٢٠ .

الوصف القانونى للجريمة يرتكز على سلطة محكمة الموضوع وفقا للمادة ٣٠٨ إجراءات فى تمحيص الواقعة بجميع أوصافها وكيوفها وواجبها فى تعديل التهمة وإضافة أى عناصر جديدة إلى الواقعة لكى تكون مع الواقعة الوجه الحقيقى، وهذه السلطة تغطى كافة الاحتمالات التى قد تطرأ على الواقعة من ظروف جديدة ؛ فلا يقبل بعد ذلك الاحتجاج بإثارة هذه الظروف بعد صدور الحكم البات.(١)

١- د. مأمون سلامة: قانون الإجراءات الجنائية ص ١٢٢٠، د. فتحى المصرى: الدفع بقوة الشىء المقضى به - رسالة دكتوراه ص ١٥٨ .

المطلب الثانى

الأثر الإيجابى لقوة الشىء المقضى للحكم الصادر فى الدفع الموضوعى

٣٧٤- تمهيد:

بعد أن فرغنا من بيان الأثر السلبى لقوة الحكم الجنائى الصادر فى الدفع الموضوعى والذى انهى موضوع الدعوى الجنائية، سواء بالبراءة أو الإدانة، واصبح يحوز قوة الأمر المقضى أمام القضاء الجنائى - سواء فى ذلك القضاء الذى أصدره أو القضاء الذى يعرض عليه دعوى مماثلة من حيث الأطراف والموضوع والسبب، ويثار فيه الدفع بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها بحكم بات حائز لقوة الأمر المقضى - وعرضنا للصعوبات التى تثار داخل شرط السبب ؛ تبقى أن نبين الأثر الإيجابى لقوة الشىء المقضى للحكم الصادر فى الدفع الموضوعى، والتى تعنى ضرورة احترام ما انتهى إليه الحكم الجنائى وعدم مناقضته بمناسبة دعوى جديدة أمام القضاء

المدنى أو القضاء التأديبى، بوصفه عنوانا "للحقيقة".[1] فقد ينشأ عن الفعل الواحد الذى يجرمه القانون دعويان، إحداهما جنائية، والثانية مدنية، وذلك مثلا إذا ارتكب شخص جريمة سببت ضررا للغير، إذ ينشأ عن هذه الجريمة دعوى جنائية للمطالبة بتوقيع العقاب على مرتكبها، ودعوى مدنية لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذى أصاب الغير.

وقد تكفلت المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات ببيان حدود وضوابط هذه القاعدة أمام القضاء المدنى بقولها بأن "للحكم الجنائى الصادر من المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة قوة الشىء المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية فى الدعاوى التى لم يكن قد فصل فيها نهائيا فيما يتعلق بموضوع الجريمة وبوصفها القانونى ونسبتها إلى فاعلها. ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بنى على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة، ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون". ووفقا للقاعدة سالفة البيان فانه إذا كانت الدعوى المدنية مطروحة أمام المحكمة المدنية وأصدرت المحكمة الجنائية حكما فاصلا فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة ؛ فان هذا الحكم يحوز قوة الشىء المحكوم فيه أمام القضاء المدنى فيما فصل فيه وكان فصله ضروريا للحكم فى الدعوى الجنائية، فالحكم الجنائى له قوته فيما هو من اختصاص المحاكم الجنائية، وعلى المحكمة المدنية أن تسلم به وترتب عليه نتائجه المدنية بالحكم بالتعويض أو برفضه، وفيما عدا ذلك تقضى المحكمة المدنية فى موضوع الدعوى المدنية وفقا لأحكام القانون المدنى، فإذا رأت المحكمة الجنائية أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون فللمحكمة المدنية أن تحكم للمدعى المدنى

١- د. محمود مصطفى: الإجراءات. المرجع السابق رقم ١٥٤ ص ١٩٦، د. مأمون سلامة: الإجراءات - المرجع السابق ص ١٢٢٩ ، د. فتحى المصرى: الدفع بقوة الحكم المرجع السابق ص ٢٤٥ وانظر أيضا ما سبق بيانه فى البنود من ٢١٣ إلى ٢١٥ من هذا البحث.

بتعويض الضرر وفقا للمادة ١٦٣ من القانون المدنى. وفى هذا الشأن نصت للمادة ١٠٢ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها الحكم وكان فصله ضروريا.[1] وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "محل التمسك بان المحكمة المدنية تكون مقيدة بما قضى به الحكم الجنائى هو أن يكون هذا الحكم صادرا قبل الفصل فى الدعوى المدنية لا بعد ذلك، فإذا كان الحكم فى الدعوى المدنية قد صدر قبل الحكم الجنائى فلا محل لذلك، إذ لا يعقل أن ينعى على حكم مخالفته حكما لم يكن قائما وقت صدوره".[2] كما قضت أيضا بأنه "يجب أن يكون للحكم الجنائى الصادر بالإدانة حجيته أمام المحاكم المدنية فى الدعوى التى يكون أساسها ذات الفعل موضوع الدعوى، وذلك منعا من أن يجيء الحكم المدنى على خلاف الحكم الجنائى فانه ليس من المقبول فى النظام الاجتماعى أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقعت منه ثم تأتى المحكمة المدنية فتقضى بأن الفعل المكون للجريمة لم يقع منه فى حين أن الشارع قد أحاط الإجراءات أمام المحاكم الجنائية لتعلقها بأرواح الناس وحرياتهم وأعراضهم بضمانات أكفل بإظهار الحقيقة مما مقتضاه أن يكون الحكم متى صدر بالإدانة محل ثقة الناس كافة بصورة مطلقة لا يصح معها بأى حال إعادة النظر فى موضوعه، وإذن فإذا قضت المحكمة المدنية للمدعى بتثبيت ملكيته للأطيان المتنازع عليها وبنت قضاءها على رفض ما دفع به المدعى عليه الدعوى متمسكا بملكيته إياها استنادا إلى عقد بيع سبق الحكم جنائيا بإدانته فى تهمة تزويره فإنها لا تكون قد خالفت

١- د. احمد نشأت: الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ط ١٩٧٢ الجزء الثانى ص ١٦٩، المستشار محمد عبد اللطيف: الإثبات فى المواد المدنية ط ١٩٧٢ مطبعة الاعتماد - مصر الجزء الثانى ص ٢٣٢، المستشار عز الدين الديناصورى: التعليق على قانون الإثبات ص ٤٧٥، د. عبد المنعم فرج الصدة: الإثبات فى المواد المدنية طبعة ١٩٥٤ مكتبة البابى الحلبى بمصر ص ١٦٨ .

٢- نقض مدنى جلسة ٨ يونية ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٢٣٦، ٢٨ يناير ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٣٣٠ .

القانون."[1] وكذلك قضت بأنه "إذا قضت المحكمة الجنائية بأن الفعل الجنائى المسند إلى المتهم قد وقع منه ؛ فليس للمحكمة المدنية أن تعيد البحث فى ذلك. أما إذا قضت بان أركان الجريمة المسندة إلى المتهم لم تستبن فى الفعل الذى نسب إليه أو أن المتهم لم يكن يدرك هذا الفعل ؛ فذلك لا يغلق فى وجه المحكمة المدنية باب البحث، وإذن فإذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة المتهم بتزوير عقد نافية وقوع التزوير فهذا الحكم يحول بتاتا دون نظر دعوى تزوير هذا العقد التى يرفعها بصفة فرعية من كان مدعيا بالحق المدنى فى وجه المتمسك بالعقد الذى كان متهما فى الدعوى الجنائية".[2]

وقد ذهب جانب من الفقه[3] إلى أنه قد يمكن تأصيل فكرة حجية الحكم الجنائى على المدنى فى ضوء فكرة الشرط المفترض (المسائل الغير جنائية) ، حتى يمكن وضع معيار لما يعد الفصل فيه ضرورياً من قبل المحكمة الجنائية، وتلتزم بحجيته المحكمة المدنية طبقا للمادة ١٠٢ من قانون الإثبات ؛ وذلك بالقول أن الركون إلى فكرة الشرط المفترض تعد معيارا واضحا بسيطا للتفرقة بين ما يعد الفصل فيه ضروريا وما لا يعد الفصل فيه كذلك. وخلص من ذلك إلى أن فصل القاضى الجنائى فى الشرط المفترض يعد فصلا ضروريا، إذ لا يتصور أن ينتهى القاضى الجنائى إلى قيام الجريمة بدون الفصل فى تحقق شرطها المفترض باعتباره أحد مقومات بنيانها القانونى، وعنصرا من عناصر التكييف القضائى أو مطابقة الواقعة الإجرامية مع النموذج القانونى للجريمة. وأيد هذا الرأى بإضافة شرطين إلى فصل القاضى الجنائى فى الشرط المفترض، وهما أن يكون فصله فى هذا الشرط المفترض على سبيل التأكيد ؛ بمعنى أن يكون لهذا الشرط المفترض دور

١- نقض مدنى جلسة ١٣ يناير ١٩٤٤ مجموعة ٢٥ سنة مدنى ق ٣٥٠ ص ٧٥ .

٢- نقض مدنى جلسة ١٢ يناير ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ٢٥ سنة مدنى الجزء الأول ق ٣٥١ ص ٧٥ .

٣- د. عبد العظيم مرسى وزير: الشروط المفترضة فى الجريمة ص ٣٥١ بند ١٣٨ وما بعدها.

أساسى فى الحكم وليس مثارا بصفة عرضية، وأن يتطابق الشرط المفترض مع المسألة المطروحة أمام القضاء المدنى ؛ ويتحقق هذا التطابق بالنسبة للعناصر التى تشكل شروطا مفترضة غير جنائية، أى مقررة فى فروع القانون الأخرى، ولا يتطابق مع الشروط المفترضة الجنائية.[1]

ونرى أن لهذا الرأى أسانيده فيما ذهب إليه خاصا بحجية الشرط المفترض، كمسألة ضرورية أمام القضاء المدنى ويمكن الاستئناس به خاصة إذا كان الحكم الصادر فى الدفع بالمسائل غير الجنائية كشروط مفترضة فى الجريمة ولدخوله فى عموم تفسير نص المادة ١٠٢ من قانون الإثبات فيما يتعلق بما يعد ضروريا، أو غير ضرورى فى المسائل التى فصل فيها القاضى الجنائى ويتقيد بها القاضى المدنى.

وإذا كنا قد بينا أحوال التزام القضاء المدنى بحجية الحكم الجنائى على النحو المبين تفصيلا فى موضعه من هذا البحث.[2] إلا أنه نظرا لأهمية بيان الأحكام المختلفة لالتزام القاضى المدنى بحجية الحكم الجنائى، ومنع التعارض بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية، فإننا سوف نجمل أهم الشروط المطلوبة فى هذا القيد ثم نعرض فى بيان موجز لأهم المشكلات التى تثار فى إحدى هذه الشروط. ذلك أن تأصيل هذه القاعدة لا يرجع إلى أن الحكم الجنائى يربط القضاء المدنى بمقتضى قوة الأمر المقضى التى تتطلب الوحدة فى الخصوم والموضوع والسبب على ما سلف بيانه فى موضعه من البحث، وهو ما لا يمكن أن يتحقق إلا فى قضاء مدنى يقيد قضاءاً مدنيا، أو قضاء جنائى يقيد قضاءاً جنائيا.

أما القضاء الجنائى إذا أريد أن يقيد قضاءاً مدنيا ؛ فلن يكون هذا لوحدة فى الخصوم، فالخصوم فى الدعوى الجنائية - وفيهم النيابة العامة - غيرهم فى الدعوى المدنية، ولا لوحدة فى الموضوع ؛ فموضوع الدعوى الجنائية

١- د. عبد العظيم مرسى وزير: الشروط المفترضة فى الجريمة - الموضع السابق ص ٢٥٦، ٢٥٧ .
٢- بند ٢١٣ إلى ٢١٥ من هذا البحث.

العقوبة وموضوع الدعوى المدنية التعويض، ولا لوحدة فى السبب فسبب العقوبة خطأ جنائى وسبب التعويض خطأ مدنى. وإنما يرجع تقييد القضاء الجنائى للقضاء المدنى إلى اعتبارين: **أحدهما قانونى والآخر عملى.**

أما الاعتبار القانونى فهو أن الحكم الجنائى له حجية مطلقة، فهو حجة على الناس كافة ومنهم الخصوم فى الدعوى المدنية، فهؤلاء لا يجوز لهم مناقشة حجية الحكم الجنائى. والاعتبار العملى هو أنه من غير المستساغ - والمسائل الجنائية من النظام العام - أن يقول القاضى الجنائى شيئا فينقضه القاضى المدنى. ومن ثم فانه يمكن إجمال شروط قاعدة تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى فى ثلاثة شروط أخرى تغاير الشروط المطلوبة للحجية بوجه عام[1] وهى تتمثل فيما يلى:

٣٧٥- شروط قاعدة تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى:

الشرط الأول: أن يكون المطلوب تقييده هو القضاء المدنى:

فالقضاء الجنائى هو الذى يراد عدم الإخلال بحجيته المطلقة، فلا يتقيد إلا بقضاء جنائى مثله يكون قد حاز قوة الشىء المقضى بمراعاة شروطه المعروفة. والذى يتقيد بالقضاء الجنائى هو القضاء المدنى بمعناه الواسع فيشمل القضاء المدنى والتجارى والإدراى أيضا.

الشرط الثانى: أن يكون الحكم الذى يتقيد به القاضى المدنى هو حكم جنائى:

ويكفى أن يكون الحكم الجنائى صادرا من أى جهة قضائية جنائية حتى لو كانت جهة استثنائية كالقضاء العسكرى، ولكن يجب أن يكون الحكم الجنائى

١- د. عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ٢ المجلد الثانى ط ١٩٨١ ص ١٣٢٦ وما بعدها.

صادرا فى الموضوع لا حكما تحضيريا ولا حكما تمهيديا ولا أمرا متعلقا بعمل من أعمال التحقيق الجنائى ولا قرارا صادرا من النيابة العامة على النحو المبين سلفا فى موضعه من هذا البحث. وأن يكون الحكم الجنائى باتا وسابقا فى صدوره على الحكم المدنى الذى يراد تقييده. إذ لو كان الحكم المدنى سابقا واستقرت به حقوق الطرفين لم يجز المساس به بسبب حكم جنائى صدر بعده. ولا يقبل أن ينعى على حكم مخالفته حكما لم يكن قائماً وقت صدوره.[1] ويحدث فى الغالب من الأحوال أن ترفع الدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية بأن يدخل المضرور مدعيا مدنيا فى الدعوى الجنائية، وفى هذا الفرض يصدر حكم واحد فى الدعويين. فلا يتصور أن يسبق الحكم الجنائى الحكم المدنى، وبذلك لا يكون هناك محل لتطبيق قاعدة تقيد الحكم المدنى بالحكم الجنائى. والقاضى الجنائى الذى يصدر هذا الحكم الواحد يتقيد طبعاً بمراعاة التنسيق ما بين أجزائه. وبهذا يتحقق الانسجام فعلاً ما بين الجزء الجنائى والجزء المدنى. فإذا وقع تعارض كان هذا سببا للطعن بالنقض فى الحكم.

فإذا كان القانون قد خول المدعى بالحقوق المدنية أن يستأنف حكم أول درجة فيما يتعلق بحقوقه المدنية فإنه قد قصد إلى تخويل المحكمة الاستئنافية وهى تفصل فى هذا الاستئناف أن تتعرض لواقعة الدعوى وتناقشها بكامل حريتها كما كانت مطروحة أمام محكمة أول درجة مما مقتضاه أن تتصدى لتلك الواقعة، وتفصل فيها من حيث توافر أركان الجريمة وثبوتها فى حق المستأنف عليه مادامت الدعويان المدنية والجنائية كانتا مرفوعتين معا أمام محكمة أول درجة مادام المدعى بالحقوق المدنية قد استمر بالسير فى دعواه المدنية المؤسسة على ذات الواقعة. فإذا اعتبرت المحكمة الحكم الابتدائى حائزا لقوة الشىء المقضى فيه لعدم استئناف النيابة له بحيث يمتنع عليها وهى فى

١- نقض مدنى جلسة ٦ مارس ١٩٤٧ مجموعة عمر ج٥ ق ١٦٦ ص ٣٧٦ .

سبيل الفصل فى الدعوى المدنية المستأنفة أمامها أن تتصدى لبحث عناصر الجريمة من حيث توافر أركانها وثبوت الفعل المكون لها فى حق المستأنف عليه فى الدعوى المدنية فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون.(١)

الشرط الثالث : أن يكون ما يتقيد به القاضى المدنى هو الوقائع التى فصل فيها الحكم النهائى وكان فصله فيها ضروريا:

وهذا هو أدق الشروط الثلاثة، لذلك تكفل نص المادة ٤٠٦ من القانون المدنى بذكره فجاء النص على أنه "لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا" وهذا النص مطابق لنص المادة ١٠٢ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الذى حل محله. فالقاضى المدنى يتقيد بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون، ولا يتقيد بما فصل فيه القاضى الجنائى من هذه الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضروريا لقيام الحكم الجنائى. وبيان ذلك على النحو التالى:

٣٧٦- ضوابط تحديد المسائل المعتبرة ضرورية والتى يتقيد بها القاضى المدنى:

أولا: يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون فلا يتقيد بالتكييف القانونى الذى اتبعه القاضى الجنائى لهذه الوقائع من الناحية الجنائية، مثل أن يحكم القاضى الجنائى ببراءة سائق السيارة من القتل خطأ لأن الوقائع التى ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية على أنها خطأ معاقب عليه، فلا يتقيد القاضى المدنى بهذا التكييف الجنائى بل عليه أن يلتزم التكييف المدنى وهو يختلف عن التكييف الأول . فالخطأ المدنى هنا مفترض فى جانب السائق ويحكم القاضى المدنى بتعويض على السائق الذى حكم القاضى الجنائى ببراءته.

١- نقض جنائى جلسة أول يناير ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض س ٢ ق ١٧٠ ص ٤٥٢ .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه "لا يمتنع على المحكمة المدنية البحث في ما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة يعتبر إهمالا جسيما. إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدنى دون أن يكون هناك خطأ جنائى. وإذ كانت حجية الحكم الجنائى السابق فيما قضى به من براءة الطاعن مقصورة على أنه لم يثبت ارتكابه للجريمة ولا تنفى عنه الإهمال الجسيم الذى نسبه إليه الحكم المطعون فيه واعتبره إخلالا بالالتزامات الجوهرية المترتبة على عقد العمل فانه لا يكون قد خالف القانون".[1] كما قضت أيضا بأن "مؤدى المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ٤٠٦ من القانون المدنى المطابقة لنص المادة ١٠٢ من قانون الإثبات أن الحكم الصادر فى المواد الجنائية لا تكون له حجية فى الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية إلا إذا كان قد فصل فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله. وان الحكم الجنائى الصادر بالبراءة إذا كان مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون سواء كان ذلك لانتفاء القصد الجنائى أو لسبب آخر فانه لا تكون له حجية الشيء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية وبالتالى فلا يمنع تلك المحكمة من البحث فيما إذا كان هذا الفعل مع تجرده من صفة الجريمة قد نشأ عنه ضرر يصح أن يكون أساسا للتعويض."[2]

ثانيا: لا يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع إلا بما كان فصله فيها ضروريا لقيام الحكم الجنائى. فلا يتقيد القاضى المدنى بجميع الوقائع التى عرض لها الحكم الجنائى وأثبتها بل هو لا يتقيد منها إلا بما كان ضروريا للحكم الجنائى. بحيث لو لم تثبت لانهدم الحكم الجنائى ولما أمكن أن يقوم، أما ما لم يكن ضروريا من هذه الوقائع فلا يتقيد

١- نقض مدنى جلسة ٢٣ يونيو ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ق ١٦٧ ص ٩٦٢ .
٢- نقض مدنى جلسة ٣٠ إبريل ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ق ١٢٨ ص ٧٧٩ .

به القاضى المدنى مهما أكده القاضى الجنائى. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "حجية الحكم الجنائى أمام المحاكم المدنية قاصرة على منطوق الحكم الصادر بالإدانة أو بالبراءة وعلى أسبابه المؤدية إليه بالنسبة لما كان موضوع المحاكمة دون أن تلحق الحجية الأسباب التى لم تكن ضرورية للحكم بهذه البراءة أو بالإدانة. ولما كان يبين من الحكم الصادر فى قضية الجنحة أن شخصا اتهم فيها بأنه سرق المسدس والنقود والأشياء الأخرى المبينة بالمحضر والمملوكة لكل من الطاعن وزوجته من مكان معد للسكنى وقضى بإدانة المتهم، وكان ما عرض له الحكم الصادر بالإدانة بشأن تحديد شخص المالك للمسدس وباقى المضبوطات للتدليل على عدم صحة دفاع المتهم من أنه هو مالكها، لم يكن لازما للفصل فى تهمة السرقة ولا يتعلق باركان هذه الجريمة المنسوبة للمتهم، إذ يكفى لإقامة هذا الحكم نفى ملكية المتهم لتلك المضبوطات ؛ لما كان ذلك فإنه لا يكون لما ورد بأسباب الحكم الجنائى بشأن الملكية حجية أمام المحاكم المدنية، وإذ أخذ الحكم المطعون فيه بهذا النظر وناقش ملكية الأشياء المسروقة من الفيلا، وانتهى إلى أنها ليست للطاعن الذى أقام بهذه الفيلا بعد أن رحل أصحابها عن البلاد، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون"[1]. كما قضت بأن "مفاد نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية، والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات، أن الحكم الجنائى تقتصر حجيته أمام المحاكم المدنية على المسائل التى كان الفصل فيها ضروريا لقيامه وهى خطأ المتهم ورابطة السببية بين الخطأ والضرر، ومن ثم فإن استبعاد الحكم الجنائى مساهمة المجنى عليه فى الخطأ أو تقريره مساهمته فيه يعتبر من الأمور الثانوية بالنسبة للحكم بالإدانة، ذلك أن تقرير الحكم قيام هذه المساهمة من المجنى عليه ونفيها لا يؤثر إلا فى تحديد العقوبة بين حديها الأدنى

١- نقض مدنى جلسة ١٠ ديسمبر ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض س ٢٥ ق ٢٣٥ ص ١٣٨٣ .

والأقصى والقاضى غير ملزم ببيان الأسباب التى من أجلها قدر عقوبة معينة طالما أن هذه العقوبة بين الحدين المنصوص عليهما فى القانون. وإذ كان ذلك فإن القاضى المدنى يستطيع أن يؤكد دائما أن الضرر نشأ عن فعل المتهم وحده دون غيره وأن يلزمه بدفع كل التعويض المستحق للمجنى عليه حتى ولو كان الحكم الجنائى قد قرر أن المجنى عليه أو الغير قد ساهما فى إحداث الضرر، كما أن له أن يقرر أن المجنى عليه أو الغير قد أسهم فى إحداث الضرر رغم نفى الحكم الجنائى ثمة خطأ فى جانبه".[1]

ونستعرض الفرضين المحتملين فى تطبيق هذه القاعدة.

٣٧٧- أولا: أن يصدر حكم جنائى بالإدانة:[2]

إذا سكت هذا الحكم عن ركن الضرر ولم يتعرض له لا بإثبات ولا بنفى، كان القاضى المدنى حرا غير مقيد فى هذا الخصوص، فله أن يثبت فى حكمه المدنى وقوع الضرر أو عدم وقوعه، وإذا أثبت وقوعه فله أن يبين على من وقع. أما إذا عرض الحكم الجنائى لركن الضرر فأنكر وقوعه، لم يتقيد القاضى المدنى بهذا إلا إذا كان وقوع الضرر أو عدم وقوعه من شانه أن يؤثر فى منطوق الحكم الجنائى.

فإذا قال القاضى الجنائى أن ضررا ما لم يقع على المجنى عليه، ولم يكن وقوع الضرر ركنا من أركان الجريمة، لم يتقيد القاضى المدنى بما قاله القاضى الجنائى، وله أن يثبت فى حكمه أن المجنى عليه قد أصابه ضرر، إذ لا خوف من التعارض ما بين الحكمين الجنائى والمدنى، لأنه حتى لو أصيب المجنى عليه بضرر فإن الحكم الجنائى يبقى صحيحا. وإذا حكم القاضى

١- نقض مدنى جلسة أول ديسمبر ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ق ٢٩٨ ص ١٧٣٨ .

٢- د. عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ٢ المجلد الثانى ص ١٣٣٥ وما بعدها.

الجنائى بأن الضرر لم يقع، وبنى على ذلك أن الجريمة شروع لا فعل تام، تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ولم يستطع أن يقول أن الضرر قد وقع، لأن هذا يتعارض مع الحكم الجنائى فى مسألة لو صح فيها الحكم المدنى لانهدم الحكم الجنائى وهو يقوم على أن الجريمة شروع لا فعل تام. يبقى أن يعرض الحكم الجنائى لركن الضرر فيثبت وقوعه. فإن كان وقوع الضرر غير مؤثر فى الحكم الجنائى، كالحكم فى مخالفة من مخالفات المرور، لم يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى، وله أن يثبت فى حكمه أن الضرر لم يقع، لأنه حتى لو صح هذا لم ينهدم الحكم الجنائى. وإن كان وقوع الضرر مؤثرا فى الحكم الجنائى، كالحكم بالإدانة فى تهمة قتل، تقيد القاضى المدنى بأن القتل قد وقع، ولا يستطيع أن ينفى فى حكمه هذه الواقعة. وإذا عين الحكم الجنائى الشخص الذى وقع عليه الضرر وكان هذا مؤثرا فى الحكم الجنائى، تقيد به القاضى المدنى، كما إذا أثبت القاضى الجنائى أن السرقة وقعت على الزوج أو أن هتك العرض وقع على شخص تحت سلطة المتهم، فلا يستطيع القاضى المدنى أن يثبت فى حكمه غير ذلك، لأن الحكم الجنائى يتأثر بهذا التعارض، فان كون المجنى عليه هو زوج المتهمة أعفى هذه من عقوبة السرقة، وكون المجنى عليها هى تحت سلطة المتهم شدد من عقوبة هتك العرض. وإذا عرض القاضى الجنائى للضرر من حيث طبيعته أو حيث مقداره، فان هذا لا يؤثر عادة فى الحكم الجنائى، فلا يتقيد به القاضى المدنى. أما إذا أثر، كأن أثبت القاضى الجنائى أن الضرر هو عاهة مستديمة أو أثبت أن الجرح نشأ عنه عجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوما، تقيد القاضى المدنى بذلك، لأن العاهة المستديمة قلبت الجنحة إلى جناية، ولأن الجرح إذا اعجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوما استوجب عقوبة أشد.

أما بالنسبة إلى ركن الخطأ، فإن الحكم الجنائى القاضى بالإدانة يكون قد عرض له حتما وأثبت وجوده، وإلا لما صدر حكم بالإدانة. فيتقيد القاضى المدنى فى حكمه بوجود الخطأ من الناحية المدنية. ذلك أن كل خطأ جنائى هو

فى الوقت ذاته خطأ مدنى، ولا عكس . وإذا كان قد يرد أن الخطأ الجنائى – وهو فى الوقت ذاته خطأ مدنى كما قدمنا – لا يحدث ضررا، كجريمة التشرد وجرائم المرور والشروع فى الجرائم، ومن ثم فلم تتحقق المسئولية المدنية، فإن ذلك لا يرجع إلى أن الخطأ الجنائى ليس بخطأ مدنى، بل يرجع إلى أن ركنا من أركان المسئولية التقصيرية لم يقم وهو ركن الضرر، كذلك يتقيد القاضى المدنى بما أثبته الحكم الجنائى من الخطأ، لا فى ركنه المادى فحسب، بل أيضا فى ركنه المعنوى. فإذا قال الحكم الجنائى أن المتهم صدر منه خطأ هو مسئول عنه، لم يجز للقاضى المدنى أن ينفى المسئولية المدنية بدعوى الإكراه أو عدم التمييز أو نحو ذلك، أما بيان جسامة الخطأ فى الحكم الجنائى فيقيد القاضى المدنى أولا يقيده وفقا لما إذا كانت هذه الجسامة ضرورية لقيام الحكم الجنائى أو غير ضرورية. فإذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه عمد أو غير عمد، فإن القاضى المدنى يتقيد بهذا الوصف، لأن وصف الخطأ الجنائى بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر فى وصف الجريمة ذاتها. وإذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه جسيم أو يسير، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر فى الحكم الجنائى وإن أثر فى تقدير العقوبة، فلا يتقيد به القاضى المدنى، لأن الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية ليس هو حتما الخطأ الجسيم من الناحية المدنية.

أما ركن السببية، فإن أثبت الحكم الجنائى أنه موجود أو غير موجود فكأنما أثبت أن الضرر قائم. ويكون الأمر أمر حكم جنائى أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه. وإذا أثبت الحكم الجنائى أن هناك سببا أجنبيا ينفى رابطة السببية، فكأنما أثبت أن الضرر غير قائم ولكن إذا جعل الحكم الجنائى هذا السبب الأجنبى داعيا لتقسيم التعويض بين المسئول والمصاب والغير، وفقا للقواعد التى مر ذكرها، لم يكن القاضى المدنى مقيدا بهذا التقسيم، إذ هو ليس ضروريا لقيام الحكم الجنائى.

٣٧٨- ثانيا: أن يصدر حكم بالبراءة [١]:

إذا صدر حكم جنائي ببراءة المتهم ؛ فإن ما ورد فى هذا الحكم – مما يعد ضروريا لقيامه – يقيد القاضى المدنى. ولا يتقيد هذا بما ورد فى الحكم الجنائى إذا لم يكن ضروريا. فإذا أثبت الحكم القاضى بالبراءة وجود الضرر وطبيعته ومداه، ولكنه برأ المتهم ؛ فإن ما ورد فيه عن وجود الضرر وعن طبيعته ومقداره لا يقيد القاضى المدنى، إذ هو ليس ضروريا لقيام الحكم الجنائى بالبراءة. وإذا أنكر الحكم الجنائى وقوع الضرر، فليس هذا مؤثرا فى قيامه، لأن الجريمة قد تتم دون أن يقع ضرر، فلا يتقيد القاضى المدنى بذلك، على أنه قد يكون وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة، كجريمة القتل بإهمال أو الضرب الذى أفضى إلى الموت، فإذا أنكر الحكم الجنائى القاضى بالبراءة أن القتل قد وقع أو أن الضرب أفضى إلى الموت ؛ فإن هذا يقيد القاضى المدنى.

وإذا أثبت الحكم الجنائى القاضى بالبراءة عدم وقوع الخطأ أو وقوعه، فى أحد ركنيه المادى أو المعنوى أو ركنيه جميعا ؛ فإن القاضى المدنى يتقيد بما ورد من ذلك فى الحكم الجنائى. فإذا قال هذا الحكم أن المتهم لم يرتكب الخطأ المنسوب إليه أو أن الخطأ وقع منه في ماديته ولكنه غير مسئول عنه لأنه عديم التمييز أو لأنه أكره عليه أو لأنه كان يدافع عن نفسه، ففى كل هذه الأحوال يتقيد القاضى المدنى بما أثبته الحكم الجنائى، ولا يستطيع أن يقول أن المتهم ارتكب الخطأ وهو مسئول عنه لأنه مميز أو لأنه لم يكره أو لأنه لم يكن فى حالة دفاع شرعى. ولكن ذلك لا يعنى أن القاضى المدنى يتقيد بالتكييف الجنائى للوقائع التى أثبتها الحكم الجنائى. فقد يرى القاضى الجنائى أن المتهم غير مدان لأنه لم يثبت فى جانبه خطأ جنائى يجعله مسئولا عن القتل بإهمال، وهى الجريمة التى نسبت إليه، ولكن القاضى المدنى قد يحكم – مع ذلك – على المتهم بالتعويض لأنه مسئول عن خطا مدنى مفترض فى جانبه.

١- د. عبد الرزاق السنهورى: المرجع السابق ص ١٣٣٨ وما بعدها، المستشار محمد وليد الجارحى نائب رئيس محكمة النقض: النقض المدنى – تأصيل وتطبيق لنظام الطعن بالنقض فى الأحكام المدنية والتجارية – المرجع السابق ص ٧٤٣ وما بعدها.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بان "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات أن الحكم الجنائى لا تكون له حجية أمام المحكمة المدنية إلا إذا كان قد فصل فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية، وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله ؛ فإذا فصلت المحكمة الجنائية فى هذه الأمور فانه يمتنع على المحاكم أن تعيد بحثها، فمتى كان ذلك وكانت المسئولية الجنائية تقوم على خطأ جنائى واجب الإثبات منسوب إلى المتهم، فى حين أن مسئولية حارس الشىء تقوم على خطأ مفترض فى جانب الحارس لا يقبل إثبات العكس، فان القضاء ببراءة سائق السيارة المؤمن عليها لدى الطاعنة من تهمة تسببه خطأ فى وفاة ابن المطعون ضدها لانتفاء علاقة السببية بين فعل السائق والنتيجة الضارة، لا تكون له حجية تحول دون المطالبة بالتعويض عن خطأ السائق المفترض بوصفه حارسا للشىء المتسبب فى الحادث لانتفاء الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية، ولأن نفى الصلة بين فعل المتهم والنتيجة الضارة لا يؤدى بالضرورة وطريق اللزوم إلى انتفاء هذه الصلة بين فعل الشىء وتلك النتيجة".[1]

٣٧٩- قاعدة الجنائى يوقف المدنى:

وقاعدة قوة الجنائى على المدنى استوجبت قاعدة أخرى هى أن الجنائى يوقف المدنى . وقد نص المشرع على هذه القاعدة فى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٥من قانون الإجراءات الجنائية التى قررت أنه "إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائيا فى الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو فى أثناء السير فيها" . ويعنى هذا أن رفع الدعوى الجنائية يؤدى بالضرورة إلى وقف السير فى الدعوى المدنية الناشئة عن الفعل

١- نقض مدنى جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٩٦ س ٤٧ ج ٢ ص ١٥٠٥، نقض مدنى جلسة ٢٧ أكتوبر ١٩٩٨ الطعن رقم ١٥٦٢ لسنة ٥٩ ق لم ينشر بعد، نقض مدنى جلسة ١٤ نوفمبر ٢٠٠٠ الطعن رقم ٣٦٠٤ لسنة ٦٩ ق لم ينشر بعد، نقض مدنى جلسة ١٤ إبريل ٢٠٠١ الطعن رقم ١٨٧١ لسنة ٧٠ ق لم ينشر بعد.

المكون للجريمة، وذلك حتى يفصل القاضى الجنائى بحكم فى موضوع الدعوى الجنائية. فطالما أن القاضى المدنى سيتقيد بالحكم الجنائى فيجب عليه أن ينتظر صدور هذا الحكم الأخير، فليس من المنطق ترك الدعويين كل يسير فى سبيله حتى النهاية التى تأتى بالتعارض بين الحكمين الصادرين فيهما وهذا ما أراد المشرع أن يمنعه. فالتلازم بين قوة الشىء المقضى به ووقف السير فى الدعوى هو أمر ضرورى ومنطقى فى الوقت ذاته، فإذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية أو كانت مرفوعة ولم تفصل فيها وكانت الدعوى الجنائية مرفوعة أو رفعت قبل الفصل نهائيا فى الدعوى المدنية يجب إيقاف هذه الدعوى حتى تنتهى الدعوى الجنائية، ولا يخفى أن الجريمة هى أساس المطالبة بالتعويض فيجب انتظار رأى المحكمة المختصة أصلا بالفعل فى وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها، ولا يصح أن تترك الدعوى المدنية تؤثر عليها مع أن الدعوى الجنائية شرعت للمصلحة العامة والدعوى المدنية شرعت للمصلحة الخاصة. فضلا عن أن الإجراءات الجنائية تتوافر فيها الضمانات الكافية للوصول إلى الحقيقة.[1]

٣٨٠- حجية الحكم الجنائى أمام القضاء التأديبى:

وإذا كان من المقرر أن الدعوى الجنائية تختلف عن الدعوى التأديبية من حيث الأشخاص والموضوع والسبب فالدعوى الجنائية تحركها النيابة العامة وتباشرها باسم المجتمع ولحسابه بسبب ارتكاب الشخص لجريمة معينة، أما الدعوى التأديبية فهى دعوى خاصة ترفع باسم الدولة (جهة الإدارة) على الموظف العام بسبب مخالفته لواجبات وظيفته وخروجه على مقتضياتها، والدعوى الجنائية تستند إلى الجريمة للمطالبة بحق الدولة فى العقاب الذى يوقع على المجرم، أما الدعوى التأديبية فتستند إلى الخطأ التأديبى للمطالبة

١- د. مأمون سلامة: قانون الإجراءات - المرجع السابق ص ١٢٣٩، د. فتحى المصرى: الدفع بقوة الحكم المرجع السابق ص ٢٤٦ .

بحق الإدارة فى معاقبة المنحرف من موظفيها إداريا بغرض حسن تنظيم المرفق العام.[1] ولكن الحكم الجنائى - كقاعدة عامة - يحوز حجية الأمر المقضى أمام القضاء التأديبى وغيره من جهات التأديب منعا لتضارب الأحكام واحتراما لحجية الشىء المحكوم فيه، وهذه الحجية ليست مطلقة، بل يتحدد نطاقها على ضوء ما يتمتع به القضاء التأديبى من ذاتية خاصة.[2]

وحجية الحكم الجنائى أمام القضاء التأديبى استثناء وخروج على القاعدة العامة فى حجية الأحكام، لأن القضاء التأديبى يتقيد بالحكم الجنائى رغم اختلاف الدعويين الجنائية والتأديبية فى الخصوم والموضوع والسبب، وأساس هذه الحجية هو أن المشرع خول القضاء الجنائى الاختصاص الأصيل فى الفصل فى وقوع الجريمة وتكييفها القانونى ونسبتها إلى فاعلها، وقرر له سلطة واسعة فى الإثبات لا تتوافر لغيره فهذه الحجية تقوم على نفس الاعتبارات التى تستند إليها حجية الحكم الجنائى على المدنى.[3] ويشترط فى الحكم الجنائى الذى يحوز الحجية أمام القضاء التأديبى أن يكون جنائيا صادرا من محكمة جنائية وذا طبيعة جنائية وأن يكون هذا الحكم الجنائى باتاً وأخيرا أن يكون فاصلا فى موضوع الدعوى الجنائية بالإدانة أو البراءة ولا تثبت حجية الحكم الجنائى أمام القضاء الإدارى أو التأديبى إلا لمنطوق الحكم دون أسبابه، وإلا ما كان منها متمما للمنطوق بحيث لا يقوم بدونها. وهذه الحجية لا تلحق إلا ما فصل فيه الحكم الجنائى، وكان فصله فيه ضروريا ولازما فى خصوص ثبوت أو نفى الجريمة أو نسبتها إلى فاعلها.[4]

١- د. احمد فتحى سرور: الوسيط فى الإجراءات - المرجع السابق رقم ٦٨٠ ص ١١٤٨ .

٢- د. محمد عصفور: جريمة الموظف العام ج ١ ص ٣٥٥، د. عبد الفتاح حسن: التأديب فى الوظيفة العامة ط ١٩٦٤ ص ٢٩٠، د. سليمان الطماوى: القضاء الإدارى - الكتاب الثالث قضاء التأديب ط ١٩٧١ ص٢٥٦ .

٣- د. محمود مصطفى: الإجراءات ق ١٥٤ ص ١٩٧ هامش ١، د. احمد فتحى سرور: الوسيط فى الإجراءات ج ٢ بند ٦٨٠ ص ١١٤٨ .

٤- د. فتحى المصرى: الدفع بقوة الشىء المقضى - المرجع السابق بند ١١١ ص ٣٠٢ وما بعدها.

خاتمــة

استعرضنا في هذه الدراسة موضوع "نظرية الدفوع في قانون الإجراءات الجنائية" ؛ وهو موضوع من الموضوعات التى لم تحظ بالعناية الكافية فى مؤلفات فقه الإجراءات الجنائية رغم أهميته العملية القصوى - كما سلف القول - لذلك فقد اتبعنا فى هذه الدراسة المنهج التحليلى والتأصيلى فى البحث حتى نتمكن من عرضه عرضا وافيا متكاملا - آملين بذلك - أن نصل إلى النتيجة المرجوة منه، وهى المساهمة فى أن تكون هذه الفكرة إذا ما جرى التعويل عليها عمادا لنظرية جديدة من نظريات الإجراءات الجنائية.

وترجع أهمية هذا الموضوع إلى أنه ارتبط - على ما كشف عنه البحث فى هذه الدراسة - بكثير من مبادئ الإجراءات الجنائية الأساسية بصفة عامة والمبادئ العامة للتقاضى بصفة خاصة ؛ والتى لم تظهر فى النظام القانونى إلا مؤخرا باعتبارها أفكارا حديثة مثل "حق الدفاع" و "تسبيب الأحكام". فالحق فى إبداء الدفوع والطلبات هو ثمرة من ثمار النظام الاتهامى الذى اهتم بمنح المتهم الكثير من الضمانات الإجرائية وعلى رأسها حق الدفاع المتفرع عن قرينة البراءة الذى يعتبر - وعلى ما سلف البيان - الأساس القانونى للحق فى إبداء الدفوع والطلبات، ولقد تطور هذا الحق وازدهر مع تطور أنظمة السياسة الإجرائية الجنائية وتقاربها فى النظم القانونية لدول العالم المختلفة، حتى اصبح حقا لأطراف الخصومة الجنائية بوجه عام لا فرق فى ذلك بين المتهم والنيابة العامة - وهما طرفا الخصومة الجنائية الأصيلان - وبين المدعى بالحق المدنى والمسئول عن الحقوق المدنية وهما الطرفان المدخلان أو المتدخلان بحسب الأحوال فى هذه الخصومة بصفة تبعية. فتحقق بذلك نوع من التوازن المنشود بين أطراف الخصومة الجنائية.

وإذا كانت الدراسات الفقهية المتعمقة فى هذا الموضوع لا زالت محدودة فان أحكام القضاء فيه ذاخرة ومتنوعة، بحيث يمكن القول أن الحلول العملية التى اخذ بها قضاء النقض فى مصر ودول العالم المختلفة يمكن أن تسهم فى تأصيل أفكاره وإقامة نظرية علمية تساعد على سبر أغوار هذا الموضوع. وكشف ما غمض فيه.

ولما كانت مؤلفات الفقه فى الإجراءات الجنائية لم تعط هذا الموضوع حقه فى الدراسات المتعمقة، فلقد تبين لنا من خلال البحث أن فقه المرافعات قد تناول هذا الموضوع بالدراسة والبحث التفصيلى مما حد بنا إلى الاستعانة ببعض جوانب هذه الدراسة فى المرافعات بالقدر اللازم لبناء نظرية مماثلة لها فى قانون الإجراءات ؛ باعتبار أن قانون المرافعات هو القانون العام الذى يتعين الرجوع إليه لسد النقص الوارد فى قانون الإجراءات الجنائية إذا ما عرضت مسألة إجرائية خلت نصوص قانون الإجراءات من إيجاد حل لها.

ونقطة البداية فى إقامة نظرية للدفوع فى قانون الإجراءات الجنائية ذات أصول وقواعد - كما قدمنا - هى اعتبار الدفع دعوى. إذ أن الدفع كحق فى الدفاع من جانب المدعى عليه يقابل حق المدعى فى اللجوء إلى القضاء، وينشأ نتيجة لاستعماله - كما سلف القول- وينطبق على كليهما وصف الوسيلة القانونية التى أوردها المشرع لاقتضاء الحق. ولقد خلص لنا من خلال فكرة ربط الدفع بالدعوى أنه يمكن تأصيل نظام قانونى لنظرية الدفوع على النحو المبين بموضوع الدراسة، وهو ما أفضى بدوره إلى **النتائج التالية:**

أولا: أن للدفوع طبيعة إجرائية تختلف عن تقسيماتها، إذ بينما كشفت الدراسة أن الدفع كنظام إجرائى قد يكون ذا طابع أولى أو طابع فرعى، فإن تقسيم هذه الدفوع داخل ذلك النظام الإجرائى يمكن رده إلى نوعين:

دفوع شكلية، ودفوع موضوعية. وذلك بحسب اقتران أى منها أو انفصاله عن موضوع الدعوى. كما أن المعيار المتبع فى البحث لتحديد الطبيعة الإجرائية

للدفع يضع ضابطا شكليا محددا سهلا وميسرا يمكن الركون إليه فى التفرقة بين ما إن كان الدفع ذا طابع أولى أم طابع فرعى. وهذا المعيار يعتمد على اصل هام من أصول التقاضى وهو مبدأ "قاضى الدعوى هو قاضى الدفع" ؛ بحيث إذا تولى قاضى الدعوى الفصل فى الدفع المثار كان الدفع ذا طابع أولى، أما إذا تولى الفصل فيه قضاء آخر أو جهة أخرى كان الدفع ذا طابع فرعى.

ثانيا: أن أهم نتيجة من النتائج المترتبة على اعتبار الدفع دعوى هى إمكان تأصيل نظام قانونى للدفوع فى الإجراءات الجنائية يقوم على تحديد شروط عامة للدفع باعتباره دعوى، وشروط خاصة مستخلصة من أحكام القضاء، كوجوب التمسك به صراحة أمام سلطات التحقيق أو محكمة الموضوع بصورة صريحة جازمة تقرع سمع المحكمة، وألا يتنازل صاحبه عن التمسك به صراحة أو ضمنا، فضلا عن مراحل إبدائه فى درجات التقاضى المختلفة وارتباط ذلك بما إن كان الدفع يتعلق بالنظام العام من عدمه، بحيث إذا تعلق بالنظام العام كان من حق مبديه التمسك به أمام سلطات التحقيق وكافة درجات التقاضى ولو كان ذلك أمام محكمة النقض لأول مرة. بالإضافة إلى أن طبيعة الخصومة الجنائية اقتضت أن يكون عبء إثبات الدفع على عاتق النيابة العامة على خلاف المستقر فى مبادئ الإثبات بالنسبة للدعاوى عموما من أن البينة على من ادعى، وذلك نظرا لما تتمتع به النيابة العامة من مركز وصلاحيات تميزها عن سائر أطراف الخصومة الجنائية ولاختلاف المقصود بعبء الادعاء عن عبء الإثبات فى الخصومة الجنائية وهو ما لا يتعارض فى النهاية مع ما سبق أن قلناه من أن الدفع دعوى. هذا بالإضافة إلى ما ظهر من الدراسة بالنسبة لتقادم الدفوع وأنها لا تتقادم. وقد حقق تأصيل هذا النظام فى النهاية نوعا من التوازن بين أطراف الخصومة الجنائية زادت فيه الضمانات المقررة للمتهم أو لمبدى الدفع عن رافع الدعوى، خاصة فيما يتعلق بإثبات الدفع وتقادمه.

ثالثـــا: خلص لنا من استعراض وتحليل الدفوع فى الإجراءات الجنائية أنها لا تقع تحت حصر، وان كنا قد حاولنا تحديد نطاقها بتقسيمها إلى نوعين (دفوع شكلية، ودفوع موضوعية) بحسب اقترابها من موضوع الدعوى الجنائية وأركان الجريمة المرفوعة بها وأدلتها، بحيث إذا لم تنفذ الدفوع إلى موضوع تلك الدعوى بالضوابط المشار إليها كان الدفع شكليا، وإذا تعلقت بموضوع الدعوى الجنائية وأركان الجريمة وأدلتها كان الدفع موضوعيا. على أن ذلك لا يعنى حصرا للدفوع الواردة بكل نوع وإنما هو محاولة لجمع الغالب الأعم منها داخل إطار محدد ذى طابع إجرائى معين تنطبق ضوابطه بعد ذلك على أى دفع آخر قد يظهر داخل هذا الإطار العام الذى يميز الدفوع ويقسمها إلى شكلية و موضوعية.

رابعـــا: أنه وان كنا قد أخذنا باتجاه فقه المرافعات فى تقسيم الدفوع إلى شكلية وموضوعية، إلا أننا لم نمض فى هذا الاتجاه إلى نهايته بإضافة نوع أخر للدفوع كالدفوع بعدم القبول. رغم صراحة النص على هذا النوع فى قانون المرافعات فى المادة ١١٥ منه حتى لا يختلط الدفع فى معناه المأخوذ به فى البحث من أنه دعوى وأنه جوهر حق الدفاع والوسيلة القانونية للمطالبة بالحق ؛ بالجزاءات الإجرائية التى يطبقها القاضى عند توافر شروط صحة الدفع والالتزام بالقواعد الإجرائية الأخرى فى إبدائه. وهذه الجزاءات هى عدم القبول والبطلان والسقوط وغيرها مما ورد الحديث عنه فى البحث.

خـامسـا: اتضح من استعراض طلبات التحقيق الهامة فى البحث والضوابط الإجرائية التى تحكمها أنها نوع من الدفوع الموضوعية باعتبارها تنفذ إلى موضوع الدعوى الجنائية وتهدف إلى تقييم الدليل المقدم فيها وتقدير قوته التدليلية ضمانا لحسن سير العدالة ومنع تضارب الأحكام. ويصدق عليها ما يصدق على الأخيرة من ضوابط وشروط. حتى أن القضاء ممثلا فى أحكام محكمة النقض لم يفرق بين الدفع الموضوعى والطلب، من حيث الشروط والآثار المترتبة على التمسك بأى منهما والتزام المحكمة بالرد عليهما فى أسباب الحكم ردا كافيا سواء فى حالة القبول أو الرفض.

سادسا: تبين لنا من استعراض الدفوع الشكلية والموضوعية المختلفة المبينة بالبحث أن الدفوع الشكلية عموما تتعلق بالنظام العام إلا فى القليل منها. بعكس الدفوع الموضوعية التى لا تتعلق بالنظام العام إلا فى النادر منها، بما يرتبه ذلك من آثار سلف بيان كلا منها فى موضعه. ويجمع بين كلا النوعين من حيث الطبيعة الإجرائية أن الغالب الأعم منها ذو طابع أولى بينما النادر فيها ذا طابع فرعى، بحسب المعيار المتبع فى البحث.

سابعا: كشفت الدراسة عن أن الأحكام الصادرة فى الدفوع عموما سواء ذات الطابع الأولى أو ذات الطابع الفرعى هى جزء من نسيج النظام القانونى الذى يحكم الرسالة بأكملها، ويعد ذلك ضمانا جوهريا للاستقرار القانونى، وسبيلا إلى كفالة العدالة وصيانة الحريات. ذلك أن تلك الأحكام التى تصدر فى كافة أنواع الدفوع الشكلية والموضوعية تنحصر فى ثلاثة أنواع: أحكام متعلقة بالاختصاص، وأحكام خاصة بالقبول، وأحكام صادرة فى الموضوع. وبينما النوعان الأول والثانى لهما طبيعة قضائية غير فاصلة فى الموضوع فإن النوع الثالث يتعلق بموضوع الدعوى ويفصل فيه. وقد رتب القانون على هذه وتلك آثارا معينة مبينة تفصيلا فى البحث من حيث الحجية والطعن وإعادة طرح الموضوع مرة أخرى.

ثامنا: أن مؤلفات الفقه فى الإجراءات الجنائية التى تحدثت عن وضع ضوابط للدفوع قد جاءت نادرة، وكذلك افتقدت نصوص قانون الإجراءات إلى بيان هذه الضوابط إلا فيما خلا نصوص متناثرة به كالمادة٨١، ٨٢، ٣١١، ٤١٩ من قانون الإجراءات على الرغم من أن الأحكام القضائية ذاخرة فى بيان أحكام هذه الدفوع والتزام المحكمة بالرد عليها فى حكمها أو عدم الرد فى بعض الحالات، الأمر الذى يمكننا من خلاله وضع نظرية ذات أسس سليمة فى الفقه الإجرائى من خلال ما اضطردت عليه أحكام القضاء، وعلى النحو المبين تفصيلا بهذا البحث ويمكن تدارك هذا النقص إذا ما افرد المشرع فصلا خاصا فى قانون الإجراءات الجنائية للدفوع فيبين به تقسيمات هذه

الدفوع وأحكامها والضوابط التى يتمكن من خلالها الخصوم أن يتمسكوا بها، وهو حل ليس بغريب على القانون، إذ أفرد المشرع فى قانون المرافعات فصلا خاصا للدفوع والطلبات وبين أحكامها فى نصوصه، وهو ما ترتب عليه ثراء الفقه القانونى فى المرافعات المدنية بالأبحاث التى ظهرت فى محاولة منها لوضع أسس لنظرية الدفوع فى قانون المرافعات، خاصة وأن قانون الإجراءات قد تضمن فى نصوص متفرقة منه الإشارة إلى حق الخصوم فى تقديم الدفوع وسلطة المحكمة الاستئنافية فى الفصل فى الدفع.

وفى النهاية فقد حاولت بهذا البحث أن اقدم تصورا شاملا يساهم فى وضع نظرية ذات أصول وقواعد للدفوع فى قانون الإجراءات الجنائية.

فالحكمة ضالة المؤمن ينشدها انى وجدها فإن كنت قد أصبت فمن الله وإن كنت قد أخطأت فمن نفسى

"ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا"

تم بحمد الله

المؤلف

قائمة المراجع والمصادر
Bibliographie

● أولا ـ باللغة العربية

(أ) المؤلفات: (بترتيب أبجدى):

ا.د. إبراهيم نجيب سعد: ● القانون القضائي الخاص ط ١٩٧٤ .

ا.د. أحمد إبراهيم: ● مباحث المرافعات الشرعية الموجز. ط ١٩٢٥

ا.د. أحمد أبو الوفا: ● نظرية الدفوع فى قانون المرافعات. منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٨،١٩٧٧.

● المرافعات المدنية والتجارية – الطبعة ١٢ منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٧.

● نظرية الأحكام ج ٤ منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٠.

● تاريخ النظم القانونية وتطورها ط بيروت ١٩٨٤.

ا.د. أحمد فتحى سرور: ● الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية – الطبعة السابعة – نادى القضاة ١٩٩٣ .

● الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية – دار النهضة العربية ١٩٨٠ .

● الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية دار النهضة العربية ١٩٩٣ .

● النقض فى المواد الجنائية – دار النهضة العربية ١٩٨٨ .

ا.د. أحمد مسلم: ● أصول المرافعات - دار النهضة العربية ١٩٧٨ .

ا.د.أحمد نشأت: ● الإثبات فى المواد المدنية - الطبعة السابعة مطبعة الاعتماد بمصر ١٩٧٢.

ا.د. إدوارد غالى الذهبى: ● حجية الحكم الجنائى - دار النهضة العربية ١٩٩٠ .

● حق المدعى المدنى فى اختيار الطريق المدنى أو الجنائى دار النهضة العربية ١٩٨٤ .

ا.د. السعيد مصطفى السعيد: ● الأحكام العامة فى قانون العقوبات الطبعة الرابعة - مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٢ .

● قانون العقوبات.القسم العام - مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٣ .

ا.د. أمينة النمر: ● قوانين المرافعات ط نادى القضاة ١٩٨٩ .

ا.د. توفيق الشاوى: ● فقه الإجراءات الجنائية - دار الكتاب العربى بمصر ١٩٥٤ .

ا.د. جلال ثروت : ● أصول المحاكمات الجزائية - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٦ .

● النظرية العامة لقانون العقوبات - المؤسسة الثقافية الجامعية بالإسكندرية. بدون تاريخ.

ا. حامد الشريف : ● نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائى - الطبعة الثانية - المكتبة القانونية ١٩٩٠ .

ا.د. حامد فهمى : ● المرافعات المدنية والتجارية - مطبعة الياس نورى - مصر ١٩٤٠.

ا.د. حسن صادق المرصفاوى: ● قانون الإجراءات الجنائية مع تطوراته التشريعية ومذكراته الإيضاحية والأحكام فى مائة عام - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٧ .

مستشار .د. حسن علام : ● قانون الإجراءات الجنائية معلقا على نصوصه - نادى القضاة ١٩٩١ .

ا.د. حسنى الجندى : ● وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائى - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية ١٩٩٠/٨٩ .

● الدفع ببطلان التفتيش فى ضوء أحكام النقض - دار النهضة العربية ١٩٨٨ .

● الدفع ببطلان الاعتراف - دار النهضة العربية ١٩٩٠ .

ا.د. حسنين عبيد: ● شكوى المجنى عليه ط ١٩٧٢ .

ا.د. رمزى الشاعر: ● النظم السياسية والقانون الدستورى ط ١٩٧٨ .

ا.د. رمزى سيف: ● شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية طبعة خاصة - دار النهضة العربية ١٩٦٤ .

● الوسيط فى المرافعات. الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية ١٩٦١ .

ا.د. رمسيس بهنام: ● النظرية العامة للقانون الجنائى - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٦٥ .

● الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٤ .

ا.د.روبرت اكارب و رونالد ستيد هام: ● الإجراءات القضائية فى أمريكا - ترجمة: د.علا أبو زيد الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ١٩٩٧ .

ا.د. رءوف عبيد: ● المشكلات العملية فى قانون الإجراءات الجنائية - دار الفكر العربى ١٩٧٩ .

● التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون - دار الفكر العربى ١٩٧٦ .
● مبادئ الإجراءات الجنائية. الطبعة العاشرة - مكتبة سيد وهبة ١٩٧٤ .
● مبادئ الإجراءات الجنائية. الطبعة الخامسة عشر - دار الفكر العربى ١٩٨٣ .
● الرقابة على الدستورية الشرعية فى المواد الجنائية - دار الفكر العربى ١٩٧٩ .
● شرح قانون العقوبات التكميلى - دار الفكر العربى ١٩٧٩ .
● مبادئ القسم العام من التشريع العقابى - دار الفكر العربى ١٩٦٥ .
● شرح قانون العقوبات القسم العام - دار الفكر العربى ١٩٧٩ .
● ضوابط تسبيب الأحكام - دار الفكر العربى ١٩٧٧ .

ا.د. سليمان الطماوى: ● القضاء الإدارى - الكتاب الثالث: قضاء التأديب ط ١٩٧١ .

ا.د. عبد الباسط جميعى: ● مبادئ المرافعات فى قانون المرافعات الجديد ط ١٩٧٤/٧٣ .

ا.د.عبد الحميد أبو هيف: ● المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر - ط ١٩٢٠ .

ا .عبد الحميد الشواربى: ● ضمانات المتهم فى مرحلة التحقيق الابتدائى - منشأة المعارف بالإسكندرية.
● الإخلال بحق الدفاع فى ضوء الفقه والقضاء - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٧ .

ا.د. عبد الرءوف مهدى: ● شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - ط ٢٠٠٣ .

د.عبد الرحمن حسن علام: ● فى ضمانات الحرية الفردية ضد القبض والحجز التحكمى - ط ١٩٨٨ .

ا.د.عبدالرزاق السنهورى: ● الوسيط فى القانون المدنى - دار النهضة العربية ١٩٨١ .

ا.د. عبدالعظيم مرسى وزير: ● الشروط المفترضة فى الجريمة دراسة تحليلية تأصيلية دار النهضة العربية ١٩٨٣ .

● عدم التجزئة والارتباط بين الجرائم وأثرهما فى الاختصاص القضائى - دار النهضة العربية ١٩٨٨ .

● افتراض الخطأ كأساس للمسئولية الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٨٨

● الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين والقائمين بأعباء السلطة العامة - دار النهضة العربية ١٩٨٧ .

ا.د.عبد الفتاح مصطفى الصيفى و د. محمد إبراهيم زيد: ● شرح قانون الإجراءات الإيطالى الجديد - دار النهضة العربية ١٩٩٠ .

ا.د. عبد الفتاح حسن: ● التأديب فى الوظيفة العامة ط ١٩٦٤ .

ا.د.عبد المنعم فرج الصده: ● الإثبات فى المواد المدنية. الطبعة الثانية - مكتبة البابى الحلبى بمصر ١٩٥٥/٥٤ .

ا.عدلى عبد الباقى: ● الإجراءات الجنائية - دار الكتاب العربى ١٩٥١ .

المستشارعز الدين الديناصورى والمستشار حامد عكاز: ● التعليق على قانون الإثبات - نادى القضاة ١٩٩٩ .

● التعليق على قانون المرافعات - الطبعة السابعة - نادى القضاة ١٩٩٢ .

ا.د. عزمى عبد الفتاح: ● نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى أمام القضاء - دار النهضة العربية ١٩٩٠ .
● الالتزام القانونى بتسبيب الأحكام ج١ - المطبعة العربية الحديثة ١٩٨١ .
● شروط صحة التسبيب ج٢ - المطبعة العربية الحديثة ١٩٨١ .

ا.د. على بدوى: ● الأحكام العامة فى القانون الجنائى - ط ١٩٣٨ .

ا. د. على راشد وا. د يسر أنور: ● شرح النظريات العامة فى القانون الجنائى - دار النهضة العربية ١٩٧٣ .

ا. على زكى العرابى: ● المبادئ الأساسية فى الإجراءات الجنائية - لجنة التأليف والترجمة والنشر بمصر ١٩٥١ .

ا.د.على عبد القادر القهوجى: ● الدفع بالمسألة العارضة - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية ,١٩٨٦ .

ا.د. عمر السعيد رمضان: ● الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٨٥ .

ا.د. عمر الفاروق الحسينى: ● تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف - المطبعة الحديثة ١٩٩٤ .

ا.د.عوض محمد عوض: ● قانون العقوبات. القسم العام - الطبعة الثالثة - دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٨٣ .

ا.د.فتحى والى: ● تنظيم القضاء المدنى - دار النهضة العربية ١٩٨٠ .
● الوسيط فى قانون القضاء المدنى - دار النهضة العربية ١٩٨٠ .

أ.د.فوزية عبد الستار: ● قانون العقوبات القسم العام – دار النهضة العربية ١٩٩٢ .
● شرح قانون الإجراءات – دار النهضة العربية ١٩٨٦ .

أ.د. مأمون سلامة: ● قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض – دار الفكر العربى ١٩٨٠ .

المستشار مارك إنسل: ● الدفاع الاجتماعى – ترجمة حسن علام ط ١٩٩١ .

المستشار مجدى مصطفى هرجة: ● التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء – نادى القضاة ١٩٩٢/٩١ .

أ.د.محمد العشماوى: ● قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن – مكتبة الآداب ومطبعتها ١٩٥٧ .

أ.د.محمد زكى أبو عامر: ● قانون الإجراءات الجنائية – دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٤ .
● الإثبات فى المواد الجنائية – دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٧٧ .

أ.محمد عبد الحميد الألفى: ● الدفع بالسقوط فى قانون الإجراءات وفقا لقضاء محكمة النقض ط ١٩٩٧ .

أ.د.محمد عبد اللطيف: ● الإثبات فى المواد المدنية مطبعة الاعتماد – مصر ١٩٧٢ .

أ.د. محمد على السالم عياد الحلبى: ● ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحرى والاستدلال فى القانون المقارن. ذات السلاسل – جامعة الكويت ١٩٨١ .

د. محمد على الكيك: ● أصول تسبيب الأحكام الجنائية – مطبعة الإشعاع ١٩٨٨ .

المستشار محمد فتحى: ● علم النفس الجنائى علما وعملا ط ١٩٦٩ .

ا. محمد كامل إبراهيم المحامى: ● نظرية البطلان فى قانون الإجراءات ط ١٩٨٩ .

ا.د. محمد محى الدين عوض: ● القانون الجنائى وإجراءاته - مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨١ .

● قانون الإجراءات الجنائية السودانى معلقا عليه - مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٠ .

المستشار محمد وليد الجارحى: ● النقض المدنى - تأصيل وتطبيق - نادى القضاة ٢٠٠٠ .

ا.د. محمود محمود مصطفى: ● قانون العقوبات. القسم العام - الطبعة الثالثة دار النيل للطباعة ١٩٥٥ .

● شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٧٦ .

● الجرائم الاقتصادية - دار النهضة العربية ١٩٧٩ .

ا.د. محمود نجيب حسنى: ● شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٨٨ .

● قانون العقوبات. القسم العام - الطبعة الرابعة - دار النهضة العربية ١٩٧٧ .

● قوة الحكم الجنائى فى إنهاء الدعوى الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٧٧ .

● علاقة السببية فى قانون العقوبات - نادى القضاة ١٩٨٤ .

● المجرمون الشواذ - دار النهضة العربية ١٩٦٤ .

ا.د. مصطفى أبو زيد فهمى: ● النظام الدستورى المصرى. الطبعة الأولى – منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٩ .

ا.د. مصطفى القللى: ● أصول قانون تحقيق الجنايات – مطبعة إلياس نورى بمصر ١٩٤٥ .
● فى المسئولية الجنائية – مطبعة جامعة فؤاد الأول ١٩٤٨ .

المستشار وجدى عبد الصمد: ● الاعتذار بالجهل بالقانون. دراسة تحليلية – نادى القضاة ١٩٨٧

ا.د. يسر أنور على وا.د. على راشد: ● شرح قانون العقوبات. النظريات العامة – دار النهضة العربية ١٩٨٣ .

{ب} الرسائل:

ا.د. أحمد فتحى سرور: ● نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية – جامعة القاهرة ١٩٥٩ .

د. إسحاق إبراهيم منصور: ● ممارسة السلطة وآثارها – جامعة القاهرة ١٩٧٤ .

ا.د. جميل الشرقاوى: ● بطلان التصرف القانونى – جامعة القاهرة ١٩٥٣ .

د. حسن محمد علوب: ● استعانة المتهم بمحام – جامعة القاهرة ١٩٧٠ .

د. سامى الحسينى: ● النظرية العامة للتفتيش فى القانون المصرى –جامعة عين شمس ١٩٧٢ .

د. سامى صادق الملا: ● اعتراف المتهم. دراسة مقارنة – جامعة القاهرة ١٩٦٨ .

د. عبد الستار سالم الكبيسى : ● ضمانات المتهم قبل وبعد المحاكمة – جامعة القاهرة .

ا.د. عبد العظيم مرسى وزير: ● دور القضاء فى تنفيذ الجزاءات - جامعة المنصورة ١٩٧٨ .

ا.د.عبد المنعم أحمد الشرقاوى: ● نظرية المصلحة فى الدعوى - جامعة فؤاد الأول ١٩٤٧ .

ا.د. عبد الوهاب العشماوى: ● الاتهام الفردى وحق الفرد فى الخصومة الجنائية - جامعة القاهرة ١٩٥٢ .

ا.د. عثمان سعيد عثمان: ● استعمال الحق كسبب للإباحة - جامعة القاهرة ١٩٦٨ .

د.على محمود على حمودة: ● النظرية العامة فى تسبيب الحكم الجنائى - ١٩٩٤ .

المستشار د. عماد الدين عبد المجيد عبد السلام: ● اختصاص القاضى الجنائى بنظر المسائل الأولية والفرعية -جامعة القاهرة ١٩٩٨ .

المستشار د.فتحى المصرى: ● الدفع بقوة الشىء المقضى به - جامعة القاهرة ١٩٩٥ .

ا.د. محمد زكى محمود: ● آثار الجهل والغلط فى المسئولية الجنائية - جامعة القاهرة ١٩٦٧.

ا.د. محمد سامى النبراوى: ● استجواب المتهم - جامعة القاهرة ١٩٦٨ .

د. محمد صبحى محمد نجم: ● رضاء المجنى عليه وأثره فى المسئولية الجنائية - جامعة القاهرة ١٩٧٥ .

ا.د. محمد عبدالخالق عمر: ● النظام القضائى المدنى - ١٩٧٦ .

د.محمد على الكيك: ● رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية - جامعة الإسكندرية.

ا.د. محمد عوض الأحول: ● انقضاء سلطة العقاب بالتقادم - جامعة القاهرة ١٩٦٤ .

د. هلالى عبد الله احمد: ● النظرية العامة للإثبات فى المواد الجنائية - جامعة القاهرة ١٩٨٤ .

ا.د.وجدى راغب: ● النظرية العامة للعمل القضائى - جامعة عين شمس ١٩٧٤ .

{ج} - الموسوعات والمعاجم:

● موسوعة التعليقات على نصوص قانون الإجراءات الجنائية - أحمد عثمان حمزاوى دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٣ .
● الموسوعة الجنائية - جندى عبد الملك - من ج١ إلى ج٥ ط من عام ١٩٣١ حتى عام ١٩٤٢ .
● المعجم الوجيز فى اللغة العربية - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠ للهجرة (١٩٨٠ ميلادية).

{د} المقالات والمجلات الدورية:

ا.د. آمال عبد الرحيم عثمان: ● النموذج القانونى للجريمة - مقال بمجلة العلوم القانونية الاقتصادية - العدد الأول يناير ١٩٧٢ - السنة ١٤ - مطبعة عين شمس.

ا.د. حسنين عبيد: ● مفترضات الجريمة - مقال بمجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية العددان الثالث والرابع - سبتمبر وديسمبر ١٩٧٩ مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨١ .

المستشار عزت حنورة: ● حول القوة الملزمة لأحكام المحكمة الدستورية العليا - مقال بمجلة القضاة الفصلية. السنة ٢٩ عام ١٩٩٧ .
● تقييم الخلاف فى أحكام محكمة النقض حول اعتبار نصوص قانون التجارة الجديد قانونا أصلح للمتهم - مقال بمجلة القضاة الفصلية السنة ٣٠ عام ١٩٩٨ .

د. محمد سليم العوا: ● المتهم وحقوقه فى الشريعة الإسلامية - مقال بمركز الدراسات الأمنية بالرياض عام ١٩٨٢ .

ا.د. محمد محى الدين عوض: ● المتهم وحقوقه فى الشريعة الإسلامية - مقال بمركز الدراسات الأمنية بالرياض عام ١٩٨٢ .

المستشار يحيى إسماعيل: ● الإرشادات القضائية الصادرة من نادى القضاة - الجزء الخامس عام ١٩٩٥ .

● مجلات القضاة الفصلية الصادرة بصفة دورية من نادى القضاة.

{هـ} مجموعات أحكام القضاء حسبما أشرنا إليها:

المجموعات الرسمية:

● مجموعة القواعد: مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى المواد الجنائية (لمحمود أحمد عمر) سبعة أجزاء.

● قواعد النقض: مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسة عشرين عاما من أول إنشائها فى سنة ١٩٣١ حتى ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ الصادرة من المكتب الفنى لمحكمة النقض فى جزءين.

● مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض - المدة من أول يناير ١٩٥٦ إلى آخر ديسمبر ١٩٦٠ - المكتب الفنى لمحكمة النقض - الجزء الثالث.

● مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض - المدة من أول يناير ١٩٦١ إلى آخر ديسمبر ١٩٦٥ - المكتب الفنى لمحكمة النقض - الجزء الرابع.

● أحكام النقض: مجموعات الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض تصدر دوريا من المكتب الفنى.

- المستحدثات من المبادئ الجنائية التى قررتها محكمة النقض، والتى تصدر من المكتب الفنى لمحكمة النقض دوريا اعتبارا من عام ١٩٩٠ حتى عام ٢٠٠١ ..

ثانيا: باللغة الفرنسية

I- LES OUVRAGES:

1- A- ESMEIN. "Histoire de la procédure criminelle". edition 1969.

2- BOUZAT (PIERRE) et Pinatel (Jean): "Traité droit pénal et de criminologie" - 1963.

3- DONNEDIEU DE VABRES: "Traité élémetaire de droit criminelle et législation pénale comparée". Paris 1947.

4- FAUSTIN HELIE: Traite de "L'instruction criminelle". Paris. 1866 - 1867.

5- GARCON: "Code pénal annoté" 1950. T, 2 mise à jour 1959. T, 3.

6- GARRAUD: "Traité d'instruction criminelle et procedure Pénale". Paris 1928.

7- GERRAD COUCHEZ: "Procédure civile" - 1948.

8- GLASSON E.: "Précis de Procédure civile" 1 éd 1902.

9- J.ORTOLAN et M.E BONNIER Tome 2 Ge Le poittevin "code d'instruction criminelle".

10- MEREL et VITU: "Traité de droit criminelle" 1973.

11- RASSAT MICHELE LAURE: "Procédure Pénal" Paris 1990.

12- MITIER MAIER: "Traité de la preuve en matier criminelle". Paris 1848.

13- MOREL (RENE): "Traité élémentaire de prosédure civile," Paris 1949.

14- ORTOLAN: "Elements de droit pénal" Tone 1-5 ed 1886.

15- SOLUS (HENRY) et PERROT (ROGER): "Droit judiciaire privé" 1 1961.

16- STEFANI, LEVASSEUR et BOULOC: "Procêdure pénale" 1980.

17- VINCENT (JEAN): "Procédure civile" 18 éd Paris 1979.

18- VIZIOZ HENRI: "Etude de Procedure civille" 1956.

19- VOUIN ROBERT: "Précis de droit pénal special" 4 ed Paris 1976.

II- THESES:

1- DELAUNAY MARLANGE CHANTAL: "les exceptions préjudicielles au jugement pénal". Paris 2, 1974.

2- LEBAS GABRIEL: "De la prorogation de juridiction en matiere civilé". Paris 1903.

III - ARTICLES ET RAPPORTS:

1- Jean Zissiadis Revue "internationale de droit pénal" 1960.

2- Les systémes comparés de justice pénale: De la diversité au rapprochement. Actes de la conférence internationale a l'occasion du 25 éme anniversaire de L'INSTITUT SVPÉRIEVR INTERNATIONAL DE SCIENCES CRININELLES Syracuse (Italie)16-20 Décembre 1997.

3- Les garantis fondementales des parties dans le procês civil. Etude publiees sous la direction de M. Cappelletti et D. tallon Milon 1973.

4- J . velu et R. Ergec. La convention Europeen des droits de l'homme , Bruxelles , 1990 - Rome 1950.

5- Levasseur: cours de droit pénal spécial Paris 1967 , 1968.

IV- PERIODIQUES:

Dalloz - Repertoire de législation , de doctrine et de jurisprudence:

1- Jean Largier Droit pénal général et procédure pénal 8 ed - Dalloz paris 1979.

2- Question préjudicielle au jugement. Dalloz Paris 1981.

3- Tony Souvel Dalloz chr 1955.

4- Cass Crim Francaises.

فهرس تفصيلى

رقم الايداع -٢٠٠٣/٧١٨٤

ترقيم الدولى 977-236-399-2 I.S.B.N

شركة الاعلانات الشرقية - م دار « الجمهورية » للصحافة


Bibliotheca Alexandrina
0505551